



EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR OU EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Flavia Alejandra Fernández Pereira¹

RESUMO: Na fase pré-contratual, também podemos observar atitude discriminatória e atentatória aos direitos fundamentais do trabalhador. A exigência da certidão de antecedentes criminais como condição para a admissão do trabalhador ao emprego, muitas vezes, é vista como violação aos direitos à intimidade e à vida privada dos trabalhadores, traduzindo-se em evidente prática discriminatória, por força do que dispõe a Constituição Federal de 1988. Há quem sustente que a exigência de certidão de antecedentes criminais não é discriminatória nos casos de contratação de empregado doméstico, para o exercício da função de vigilante e nos casos previstos na Lei 7.102/83, tendo em vista o poder diretivo do empregador, o direito de propriedade, à proteção da sua residência e à família e, também, à segurança de empregados das instituições financeiras. Assim, a discussão acerca da licitude ou ilicitude da exigência do atestado de antecedentes criminais na contratação de empregado para ocupar quaisquer tipos de função, confronta valores tutelados pela Constituição Federal de 1988, especialmente, os direitos relativos à pessoa do candidato ao emprego (dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e vida privada) de um lado, e os direitos referentes ao titular da atividade econômica (direito à informação, à propriedade), do outro. Via de regra, não configura situação atentatória aos direitos da personalidade dos trabalhadores a simples exigência da certidão criminal, por parte do empregador, como condição de admissão no emprego, ainda que a atividade a ser exercida não esteja compreendida pelas leis infraconstitucionais dirigidas aos domésticos, vigilantes ou candidatos à vaga de emprego em instituições financeiras. Entretanto, caso seja comprovada a dispensa do candidato ao

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. e-mail: fla2582@hotmail.com

emprego de forma a violar os seus direitos constitucionais, ou seja, de forma injustificada, poderá ser aplicada a responsabilidade civil pré-contratual, onde o empregador será responsabilizado pelos danos causados ao candidato ao emprego.

Palavras-chave: certidão de antecedentes criminais, contratação de empregado, direitos fundamentais do trabalhador, discriminação, poder diretivo.

ABSTRACT: The pre-contractual phase can also be fraught with discrimination and violation of worker's fundamental rights. This is because requirement of criminal record certificate as a condition to the admission of the worker to employment, as a rule, it seems like a violation to the rights of privacy and private life of the workers, resulting in obvious discriminatory practices, which is not allowed, by virtue of the legal provisions of the Federal Constitution of 1988. There are those who argue that the requirement of criminal record is not discriminatory in that cases of recruitment of domestic employee, for the exercise of private security function, and on that cases provided on the Law 7.102/83, in view of the directive power of the employer, the protection of your home and family, protection of values, and also the security of the employees of financial institutions. Therefore, the discussion about the lawfulness or unlawfulness of the requirement of a criminal record certificate in employee hiring to take any kind of function, confronts values protected by the Federal Constitution of 1988, especially the rights of the candidate person for employment (dignity of human person, the right to privacy and private life) on the one hand, and the rights for the holder of economic activity (right to information, property) on the other. As a rule, does not constitute prejudicial situation for the rights of workers can the simple requirement of criminal certificate, by the employer, as a condition of employment, even if the activity to be performed is not understood by the infra-constitutional laws directed to domestic, vigilant or candidates for job vacancy in financial institutions. However, if it is proven the applicant's dismissal to employment in order to violate their constitutional rights, that is, unjustifiably, may apply to pre-contractual liability where the employer will be held responsible for the employment candidate person damages.

Keywords: criminal records, employee recruitment, fundamental rights of workers, discrimination, directive power.

INTRODUÇÃO

A Convenção 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão estabelece como discriminatória "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".

Da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado nos valores sociais do trabalho e dignidade da pessoa humana rechaça qualquer conduta que implique discriminação entre as pessoas, destacando-se a Lei 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias nas relações de trabalho, inclusive na fase de tratativas para contratação.

A nova ordem constitucional não admite a prática da discriminação nos casos de trabalhador que deixou de ser contratado em razão de possuir antecedentes criminais, pois revela-se atentatória às garantias constitucionais, violando o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e vida privada do trabalhador, por força do que dispõem os artigos 3º, IV; 5º, X e XLI; 7º, XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, o presente estudo pretende analisar se a exigência de certidão de antecedentes criminais configura-se abuso do poder diretivo do empregador, evidenciado mediante ilícito cometido no ato de seleção de pessoal, aventando critério ilegítimo e inexistente para recusa da vaga de emprego, ofendendo, com isso, o valor social do trabalho e a função social da propriedade, atentando à honra e dignidade do trabalhador. Ainda, analisa-se se estas ações praticadas pelo empregador na fase pré-contratual configuram ato ilícito na forma do art. 187 do Código Civil, dado o caráter discriminatório do ato.

Por outro lado, verifica-se que não há ato discriminatório nem atentatório contra a dignidade da pessoa humana a simples exigência de certidão de antecedentes criminais quando da contratação de empregado doméstico, vigilantes e empregados de instituições financeiras.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Primeiramente, há que se fazer uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, na medida em que há uma certa confusão entre os dois termos. Ingo Sarlet (2015) leciona neste sentido, ao distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos. Para o autor, direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado).

Para Sarlet (2015), direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado. Já os direitos humanos estão relacionados ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, de sorte que possuem um inequívoco caráter supranacional.

Clóvis Gorczewski (2009) entende que os direitos humanos são aqueles direitos que não dependem de nenhuma sociedade política para concretizá-los, tratam-se de valores superiores, universais, devendo o Estado apenas protegê-los.

Já os direitos fundamentais (Gorczewski, 2009), são todos aqueles direitos que as sociedades modernas reconheceram como os mais essenciais para uma vida digna em uma sociedade justa, sendo inseridos na constituição de cada Estado. Portanto, direitos e garantias fundamentais são aqueles que estão garantidos e assegurados na Constituição, os quais são exigíveis de uma autoridade política pré ou pós-estatal.

Portanto, os direitos fundamentais estão expressamente positivados em tratados internacionais em que o Brasil é parte, expressos no Título II da CF, bem como se encontram dispersos no texto constitucional, como também podem estar implicitamente positivados no sistema. Exemplo disso está no artigo 5º, § 2º da CF, que dispõe que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados em que o Brasil seja parte.

Além disso, o artigo 7º da Constituição Federal dispõe sobre os direitos dos trabalhadores, elencados nos incisos do referido artigo, além de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores (SANTOS Jr., 2010).

Quanto aos direitos sociais, Ingo Sarlet (2015) entende que estes têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios que norteiam o Estado Social de Direito, que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; visando à redução das desigualdades sociais, garantindo, ainda, os valores sociais do trabalho.

Para Rubens Fernando Clamer dos Santos Jr. (2010, p.33) “os princípios fundamentais servem de parâmetro para sustentar a fundamentalidade material de um determinado direito, em especial com base no princípio da dignidade da pessoa humana”.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, a primeira Constituição a mencionar a dignidade humana foi a de 1946. Contudo não se referiu à dignidade como fundamento geral da vida social e política, relacionando-a apenas com o trabalho: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna [...]”, conforme art. 145, parágrafo único. Além da circunscrição limitada da referência, ela não conferia *status* de fundamento ou princípio à dignidade humana na ordem juspolítica e social do País. (DELGADO, 2007, p.24).

As constituições de 1967 e 1969 (esta, produto de nova redação, dada pela Emenda Constitucional nº 1) mantiveram a menção à dignidade da pessoa humana, circunscrita à área do trabalho, nos seguintes termos “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana” (art. 160, CF/1969).

Já a Constituição Democrática de 1988 é absolutamente inovadora nesse aspecto. De fato, alçou o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio, ao *núcleo* do sistema constitucional do País e ao *núcleo* de seu sistema jurídico, político e social. Passa a dignidade da pessoa humana a ser,

portanto, princípio fundamental de todo o sistema jurídico. (DELGADO, 2007).

Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a idéia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneo é a pessoa humana, independentemente de seu *status* econômico, social ou intelectual. Refere ainda o autor (2007, p.23): “o princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinada aos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.”

Sobre a dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2015) entende que se trata da qualidade intrínseca de cada humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, devendo o Estado assegurar à pessoa contra qualquer ato degradante e desumano, bem como garantir as condições existenciais mínimas para uma vida digna e saudável.

Para o Ministro Luis Roberto Barroso (2010, p.24), “a autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas”.

Refere o Ministro (BARROSO, 2010), que a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, ou seja, a liberdade do indivíduo de decidir os rumos da sua vida e de desenvolver sua personalidade, podendo fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Por exemplo, as decisões do indivíduo acerca de religião, vida afetiva, trabalho, ideologia, dentre outros, não podem ser subtraídas do indivíduo sem ter havido uma violação da sua dignidade. Assim, por trás da idéia de autonomia, está a idéia de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.

Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais. (BARROSO, 2010).

Portanto, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial, o que significa que, para que uma pessoa seja livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as suas necessidades básicas para sua existência física e psíquica. (BARROSO, 2010).

Nas palavras do Ministro (BARROSO, 2010, p.25): “o mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo

corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”.

Relacionado à dignidade da pessoa humana está a valorização do trabalho, sendo um princípios basilares da ordem constitucional brasileira democrática. A Constituição reconhece a essencialidade da conduta laboral como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social (DELGADO, 2007).

Para o autor (DELGADO, 2007) a Constituição Federal institui que o trabalho é o mais importante veículo (se não o único) de afirmação comunitária da grande maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo um dos mais relevantes instrumentos de afirmação da democracia. Portanto, o trabalho é o principal meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos a seu alcance.

Assim, a dignidade da pessoa fica lesada, caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. E a medida dessa afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado (o emprego). (DELGADO, 2007).

Também a dignidade é ferida quando o trabalhador é submetido a tratamento discriminatório e arbitrário, não isonômico em relação aos demais, estando tal princípio atrelado ao princípio da isonomia, o qual veda qualquer espécie de discriminação. (SANTOS Jr., 2010).

Neste âmbito, há diversas situações nas quais os trabalhadores são feridos na sua dignidade, contudo, a posição majoritária do Tribunal Superior do Trabalho² firmou entendimento que a exigência de certidão de antecedentes criminais, para admissão no emprego, não implica, por si só, afronta à dignidade e honra do trabalhador. Para o Tribunal, apenas haveria lesão ao patrimônio moral do candidato ao emprego nos casos em que for comprovado que não houve contratação em virtude de apresentação de certidão positiva de antecedentes criminais, sem

² (Processo nº TST-ED-RR - 0119000-34.2013.5.13.0007, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 19/12/2014).

qualquer relação com a função a ser desempenhada, ou nos casos em que, considerando a função a ser exercida, resta evidenciado que não se justifica a exigência de tal documento por parte do empregador. Portanto, a comprovação de efetiva violação ao princípio da dignidade do trabalhador deve ser analisada em cada caso concreto.

3. DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 1º da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dispõe sobre a discriminação, o tratamento diferenciado, comparativamente desfavorável, referente às pessoas, devido a sua origem, raça, sexo, cor, idade, religião, ou quaisquer outras formas que as diferencie das demais, e tenha como efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento exigida entre todos em matéria de emprego ou de profissão e que tenha como efeito alterar ou destruir a igualdade de oportunidades (COUTINHO, 2003).

Essa conduta encontra sua vedação na Constituição Federal que, dispendo sobre os direitos e garantias fundamentais, assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” – art. 5º, caput da CF/88. Ainda, o diploma constitucional considera igualdade um dos objetivos fundamentais da República, conforme dispõe o art. 3º, inciso IV, que estabelece: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (COUTINHO, 2003).

No Brasil, o reconhecimento da existência de diversas formas de desigualdade podem ser ilustradas pela própria Constituição Federal, quando dispõe em seu art. 3º, como objetivo fundamental da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o autor Raimar Machado (2011) a liberdade de trabalhar, a garantia do emprego e a possibilidade de inclusão no sistema produtivo de todos os trabalhadores, de forma igualitária é condição do mundo civilizado.

Já a liberdade de contratar deve ser delimitada de modo a permitir que todos os indivíduos sejam contemplados de forma igualitária, com as mesmas chances de acesso e com as mesmas possibilidades de manutenção do trabalho, sem que seus interesses pessoais sucumbam diante da discriminação ou que alguns sejam prestigiados apenas por privilégio. (MACHADO, 2011).

Portanto, a liberdade contratual não pode obstar de modo ilícito a liberdade de trabalhar de cada indivíduo. Desta forma, toda e qualquer preterição de um candidato ao trabalho seria ilícita, caso não esteja fundamentada em um fator relacionado com a própria capacidade para o trabalho, conforme determinam as normas constitucionais e as normas convencionais da OIT que vedam a discriminação, ao determinar que somente serão admissíveis tais distinções somente quando sejam exigidas determinadas qualificação para o desempenho de um determinado labor (MACHADO, 2011).

Entretanto, o direito fundamental de acesso ao trabalho depende de situações fáticas e organizacionais que garantam a todos os trabalhadores os postos de trabalho perseguidos. Qualquer norma garantidora da liberdade para trabalhar e do próprio direito ao trabalho carecerá de eficácia diante da inexistência de vagas para o trabalho (MACHADO, 2011).

Por outro lado, o direito de acesso ao trabalho ligado ao princípio constitucional da igualdade (na forma de igualdade de oportunidades), pode ser um grande passo na direção da justiça social, tendo em vista tornarem objetivos e claros os critérios admissionais e demissionais, evitando que se frustrasse, de modo injustificado e sem relação com a sua real qualificação, a expectativa de cada pretendente ao trabalho (MACHADO, 2011).

Como já referido, para Mauricio Godinho Delgado (2007), o emprego, regulado e protegido por normas jurídicas é o principal veículo de inserção do trabalhador na esfera capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. É óbvio que

não se trata do único veículo de afirmação econômico-social da pessoa física prestadora de serviço, uma vez que o trabalho autônomo especializado e valorizado também tem esse caráter. Mas, sem dúvida, trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação socioeconômica da ampla maioria das pessoas na sociedade capitalista.

4. OS DIREITOS DO TRABALHADOR E DO EMPREGADOR EM FACE DA EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

Os direitos da personalidade são relativamente recentes, sua ascensão ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, efetuado pela Assembléia Geral da ONU, em 1948, e pela Convenção Européia de 1950. Algum tempo depois, o Pacto Internacional das Nações Unidas de 1966, trouxe em seu texto os direitos da personalidade como sendo direitos inerentes ao homem, devendo, para tanto, serem respeitados e protegidos por todos.

O grande marco histórico para os direitos da personalidade no Brasil se deu com a proclamação da Constituição Federal de 1988, que os consagrou expressamente no art. 5º, inciso X³, constituindo, assim, um elemento fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Assevera Gunther (2014) que os direitos da personalidade têm por objetivo resguardar tudo aquilo que diz respeito à natureza da pessoa humana, como por exemplo, a vida, a liberdade, a proteção de dados pessoais, a integridade física e moral, a honra, a imagem, a privacidade, a intangibilidade da família, auto-estima, igualdade, segurança e tantos outros direitos, os quais os devem ser respeitados perante a sociedade e protegidos pelo Estado.

No caso da exigência de atestados de antecedentes criminais, nos interessa especificamente compreender o direito à intimidade, a vida privada, honra e imagem do trabalhador em contraponto ao poder diretivo do empregador e o direito deste à informação, à propriedade privada e à sua segurança e de seus empregados.

Quanto ao direito do empregador, temos que a Lei 7.102/83 (Lei de Segurança dos Estabelecimentos Financeiros) visa resguardar a segurança privada das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transportes de valores, bem como, de outras providências vinculadas.

³ CF, art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ademais, é assegurado ao empregador o direito de informação, que consiste em duas perspectivas, sendo elas, a liberdade de informar e a liberdade de ser informado.

No que diz respeito ao direito à intimidade, Carlos Roberto Bittar (2015, p. 177) observa que esse direito sofre limitações, geradas em virtude dos interesses da coletividade e pelo aprimoramento do desenvolvimento de atividades estatais, como por exemplo, a exigência de informação, para a constituição de bancos, empresas ou centros, de caráter público ou privado. Ainda, menciona que o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse particular, de modo que, faz-se necessário analisar cada caso em particular, viabilizando a reação jurídica compatível.

É conferido às empresas o direito à segurança, deste modo, lhe é permitido adotar medidas visando à inviolabilidade de sua empresa, ou propriedade privada, visando também à segurança de seus clientes, visto que sua violação, eventualmente, não causaria apenas danos a seu patrimônio, mas sim, causariam danos aqueles que expressaram confiança na sua prestação de serviços, comprometendo, para tanto, seu prestígio empresarial. (SILVA, KNOERR, 2015).

Por outro lado, são várias as formas de violação dos direitos da personalidade do candidato ao emprego, restando evidente que a violação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, caracterizam situações passíveis de reparação moral.

Ocorre que atualmente, mesmo os empregadores que não exploram atividades de vigilância bancária ou nos casos de contratação de empregados domésticos, vêm exigindo dos candidatos ao emprego a certidão negativa de antecedentes criminais, objetivando a proteção de seus direitos fundamentais, tais como a integridade física, a propriedade e o direito à informação.

Desta forma, temos a colisão de direitos fundamentais: por um lado, o direito do candidato ao emprego de ressociação, de (re) ingressar no mercado de trabalho, observando o princípio da dignidade da pessoa humana e; por outro, temos os direitos do empregador, qual seja, o direito à informação, à segurança privada, à propriedade, etc.

Neste sentido, a Lei 7.102/83 foi criada visando à segurança privada, regulamentando a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais para contratação de vigilantes bancários, diretores e demais empregados destas empresas especializadas.

Os Tribunais Regionais do Trabalho do nosso País, ao analisar a problemática da utilização por analogia da Lei 7.102/83, ou seja, a exigência de apresentação de atestado de antecedentes criminais como requisito para a admissão no cargo, entende que o acesso à informação – e por conseqüência, à referida certidão - é assegurado a todos, sendo que a investigação social do candidato é feita inclusive para investidura em cargos públicos, sendo requisito essencial para assumir o cargo, não implicando isso em violação à dignidade, intimidade ou à vida privada dos trabalhadores.

Ademais, entende-se que em situações nas quais a atividade desempenhada pelo trabalhador importa adentrar na casa dos clientes, como por exemplo, para a montagem de móveis, além de lidar com numerários e mercadorias de valores, justifica a exigência pela empresa de apresentação de atestado de antecedentes criminais, como forma de segurança do patrimônio e da família, sem por isso contemplar ato discriminatório, mantendo-se a dignidade do trabalhador intacta.

Neste sentido, numa decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Mauricio Godinho Delgado enfatizou que a exigência de antecedentes criminais em entrevista de admissão ao emprego para o exercício da função de atendente, com acesso a dados pessoais de clientes, deverá analisar-se, em primeiro lugar, os limites do poder diretivo empresarial, em contraponto aos princípios constitucionais: princípio do amplo acesso às informações, especialmente oficiais, em contrapartida ao princípio da proteção à privacidade e ao princípio da não discriminação, devendo a análise ser realizada com ponderação.

Por outro lado, na mesma decisão, o Ministro Mauricio Godinho Delgado enfatiza que também é consagrada pela Constituição Federal o princípio da proteção à privacidade (art. 5º, X, da CF) e o princípio da não discriminação (art. 3º, I e IV; art. 5º, caput; art. 7.º, XXX, CF). Nessa contraposição de princípios constitucionais, a jurisprudência tem conferido efetividade ao princípio do amplo acesso a informações públicas oficiais nos casos em que elas sejam essenciais, imprescindíveis para o regular e seguro exercício da atividade profissional, tal como ocorre com o trabalho de vigilância armada – regulado pela Lei 7.102 de 1982, art. 16, VI – e o trabalho doméstico, regulado pela Lei 5.859/72 (art. 2º, II). Em tais casos delimitados, explicitamente permitidos pela lei, a ponderação de valores e princípios acentua o amplo acesso às informações (mormente por não se tratar de informações íntimas,

porém públicas e oficiais), ao invés de seu contraponto principiológico também constitucional. Entretanto, não se mostrando imprescindíveis e essenciais estas informações para o desempenho do cargo ao qual o trabalhador foi contratado, prevalecem os princípios constitucionais da proteção à privacidade e da não discriminação (BRASIL, TST – RR 102400-35.2013.5.13.0007 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 30.05.2014).

No mesmo sentido, outra decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, aludiu que é vedada qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, asseverando que a exigência de atestado de antecedentes criminais, quando não justificada em razão do cargo, configura ato discriminatório e limitador do acesso ao emprego, lesando por si só, a integridade moral do trabalhador afetado garantida pela Constituição Federal (BRASIL, TST – RR 102400-35.2013.5.13.0007 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 06.02.2015).

Da mesma forma, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, entende que a nova ordem constitucional não admite a prática da discriminação ocorrida em caso de trabalhador que deixou de ser contratado em razão de uma suposta "passagem pela polícia", que se revelou inexistente. De modo que a desistência do empregador na contratação deste empregado, indubitavelmente revela-se atentatória às garantias constitucionais, violando o princípio da igualdade, sem sequer tido observado o princípio da presunção de inocência. Verifica-se o abuso do poder diretivo empresarial mediante ilícito cometido no ato de seleção de pessoal, utilizando critério ilegítimo e inexistente para recusa da vaga de emprego, ofendendo, com isso, o valor social do trabalho e a função social da propriedade, configurando ato ilícito caracterizado na forma do art. 187 do Código Civil. Nestes casos resta comprovada a violação da honra e imagem do trabalhador, o qual enseja reparação por danos morais, dado o caráter discriminatório do ato. (BRASIL, TRT4 – RO 0000399-36.2014.5.04.0702– Rel. Marcelo Jose Ferlin D Ambroso – DEJT 11.06.2015).

Imperioso destacar que, caso o empregador utilize banco de dados para obter informações a respeito de antecedentes criminais relativos ao empregado ou candidatos a vaga de emprego, tal fato não configura ato discriminatório, na medida em que será necessária a comprovação da realização da pesquisa efetuada pelo

empregador, e que este tenha sido o fato impeditivo para a admissão do candidato ao emprego.

Portanto, verifica-se que a exigência de atestado de antecedentes criminais pode ser admitida, desde que fundada na tutela concreta de outro direito fundamental, sob pena de caracterizar ato discriminatório, atentatório aos direitos da personalidade do candidato ao emprego. Este vem sendo um dos critérios adotados pelo judiciário brasileiro para a caracterização do ato discriminatório, passível de reparação moral.

Assim, temos que para uma parte da jurisprudência a exigência da certidão de antecedentes criminais fere os direitos da personalidade, na medida e que viola o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do candidato ao emprego, mas por outro lado, existe o entendimento amparado ao empregador, o direito ao resguardo de sua segurança, seu patrimônio e o direito à informação.

O conflito de direitos que envolvem empregador e candidato ao emprego na fase pré-contratual é polêmica, portanto, é necessária muita cautela durante o processo seletivo, devendo contemplar a boa-fé das partes.

CONCLUSÃO

Atualmente, verifica-se a necessidade do empregador de proteger sua propriedade, à família e a segurança dos seus empregados. Por outro lado, temos que a re-socialização do trabalhador infrator é de suma importância, uma vez que tem como objetivo principal proporcionar ao infrator, meios de ser inserido no mercado de trabalho, evitando, assim, a prática de novos delitos.

A discussão acerca da licitude ou ilicitude da exigência do atestado de antecedentes criminais do candidato ao emprego confronta valores tutelados pela Constituição Federal de 1988, especialmente, os direitos relativos à pessoa do candidato ao emprego (dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e vida privada) de um lado, e os direitos referentes ao titular da atividade econômica (direito à informação e à propriedade), do outro.

Verifica-se que, caso seja comprovada a dispensa do candidato ao emprego de forma a violar os seus direitos constitucionais, ou seja, de forma injustificada,

poderá ser aplicada a responsabilidade civil pré-contratual, onde o empregador pode ser responsabilizado pelos danos causados ao candidato.

Via de regra, não configura situação atentatória aos direitos da personalidade dos trabalhadores, apta a justificar o pleito de indenização por danos morais, a simples exigência da certidão criminal, por parte do empregador, como condição de admissão no emprego, ainda que a atividade a ser exercida não esteja compreendida pelas leis infraconstitucionais dirigidas aos domésticos, vigilantes ou candidatos à vaga de emprego em instituições financeiras.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho entende que o procedimento da empresa consubstanciado na apresentação da certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego não violação aos direitos da personalidade do trabalhador, passível de ensejar a reparação por danos morais, 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 ato de discriminação e violação à dignidade humana.

Portanto, a exigência, por si só, da certidão negativa de antecedentes criminais não gera lesão moral, salvo se ela constituir fator de injustificada discriminação na admissão do obreiro. Ou seja, de forma genérica, é possível à empresa fazer tal exigência diante do seu direito à informação. Assim, constitui direito do empregador solicitar ao candidato a apresentação dessa certidão, sem que isso implique, por si só, lesão a um direito fundamental do trabalhador que justifique a configuração de algum dano.

Por outro lado, parte da jurisprudência entende restar configurado ato discriminatório nos casos em que não se mostra essencial a exigência de certidão de antecedentes criminais, restando caracterizada lesão aos princípios constitucionais, precipuamente, à dignidade da pessoa humana.

A solução para essa colisão entre direitos fundamentais requer muita cautela, devendo ser analisado cada caso em particular, pois, embora seja legítimo ao titular da atividade econômica buscar a proteção de seu patrimônio, à segurança de seus clientes, empregados e família (nos casos de empregadores domésticos), a banalização da exigência da referida certidão frustraria o direito do candidato ao emprego, especialmente quanto à reinserção de ex-detento no mercado de trabalho e sua estigmatização social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed., rev. e atual de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relator Ministro Alexandre Teixeira de Freitas Barros Cunha. Recurso de Revista. Acórdão n. 145000-65.2013.5.13.0009. Publicado em: 06 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Recurso de Revista. Acórdão n. 102400-35.2013.5.13.0007. Publicado em: 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Rel. Min. Renato Lacerda Paiva. Recurso de Revista. Acórdão n. 011900-34.2013.5.13.0007. Publicado em: 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. RO 0000399-36.2014.5.04.0702– Rel. Marcelo Jose Ferlin D Ambroso – Publicado em 11 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 25 abr. 2016.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais Na Relação De Trabalho**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - nº 2, Ano 2007.

GORCZVESKI, Clóvis. **Direitos Humanos, Educação E Cidadania: Conhecer, Educar, Praticar**. Ano 2009. UNISC. Pg. 15-16.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Os Direitos da Personalidade e suas Repercussões na Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008.

MACHADO, Raimar. **Igualdade, liberdade contratual e exclusão por motivo de idade, nas relações de emprego**. Porto Alegre: Magister, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS Jr. Rubens Fernando Clamer. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. São Paulo: LTR, 2010, p. 33.

SILVA, Rita Daniele Leite; KNOERR, Fernando Gustavo. **A Responsabilidade Pré-Contratual Trabalhista e a Exigência do Atestado de Antecedentes Criminais do Candidato ao Emprego**. Barcelona: Revista Consinter. ANO I – VOLUME I, 2015.