

A CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO: EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA E DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

HIRING THE EMPLOYEE: REQUIREMENT FOR PRIOR EXPERIENCE AND NEGATIVE CERTIFICATE OF CRIMINAL RECORD

Marcos Santos Monteiro¹

RESUMO: Esse artigo buscou estudar o mundo laboral, as práticas de exigência de experiência prévia superior a seis meses e certidão de antecedentes negativos no ato pré-contratual tem sido cada vez mais comum. O presente estudo tem como objetivo geral investigar a exigência de experiência prévia e de antecedentes criminais à luz dos princípios da não discriminação. Os objetivos específicos visam discutir os princípios constitucionais da não-discriminação; analisar práticas de exigência de experiência prévia e antecedentes criminais no ramo juslaboral; discutir tais exigências à luz do princípio da não-discriminação e da jurisprudência. Assim, deve-se indagar se há de fato nesse procedimento à afetação aos princípios em destaque, tendo como justificativa a possibilidade de discriminação negativa na contratação de empregado. Metodologia: utilizou-se de pesquisa bibliográfica qualitativa através de estudo doutrinário, e documental texto legal e jurisprudencial relacionados ao Direito do Trabalho. No intuito de promover o embasamento teórico do presente estudo, procurou-se fazer a análise conceitual de princípios e normas, dispositivos de leis e jurisprudências a fim de melhor elucidar a problemática aqui levantada. Desenvolvimento: percebe-se que a exigência de certidão de antecedentes criminais acaba indo além do esperado considerando o que está expressa na lei, tal instrumento marca o apenado durante todo o seu percurso vital, acarretando no estigma, na falta de oportunidade desse egresso presidiário recomeçar a vida e até mesmo de não voltar a praticar tais atos. Assim, a replicação de tais condutas de exigir do empregado a certidão de antecedentes criminais fere o direito da dignidade da pessoa humana, como outros princípios elencados neste manuscrito. Vale destacar, que em relação a exigência de experiência prévia, muitas empresas exigem a experiência acima de 6 meses, quebrando mais uma vez o direito da pessoa de ter dignidade de conseguir o primeiro emprego e suprir as necessidades fundamentais.

2774

Palavras-chave: Princípio da Dignidade Humana. Experiência Prévia. Antecedentes Criminais.

¹ Graduando em Direito. Faculdade de Ilhéus (CESUPI). marcossantosmonteiro739@gmail.com

ABSTRACT: This article sought to study the labor world, the practice of requiring prior experience of more than six months and a certificate of criminal record in the pre-contractual act has become increasingly common. The present study has the general objective of investigating the requirement of prior experience and criminal record in the light of the principles of non-discrimination. The specific objectives are to discuss the constitutional principles of non-discrimination; analyze practices of requiring previous experience and criminal records in the field of labor law; and discuss such requirements in light of the principle of non-discrimination and case law. Thus, we must investigate whether there is in fact in this procedure to affect the principles in question, with the justification of the possibility of negative discrimination in hiring an employee. Methodology: Qualitative bibliographic research was used through doctrinal study, and documentary legal and jurisprudential text related to Labor Law. In order to promote the theoretical basis of this study, a conceptual analysis of principles and norms, legal provisions and jurisprudence was made in order to better elucidate the problem raised here. Development: It can be seen that the requirement for a criminal record certificate ends up going beyond what is expected considering what is expressed in the law, such instrument marks the convict during his entire life path, resulting in stigma, in the lack of opportunity of this egress convict to restart life and even to not return to practice such acts. Thus, the replication of such conducts of requiring the employee to provide a criminal record certificate harms the right to human dignity, as well as other principles listed in this manuscript. It is worth pointing out that in relation to the requirement of previous experience, many companies demand experience of more than 6 months, breaking once more the right of the person to have dignity to get the first job and supply the fundamental needs.

Keywords: Principle of Human Dignity. Previous Experience. Criminal record.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral investigar a exigência de experiência prévia e de certidão negativa de antecedentes criminais à luz dos princípios da não discriminação e dignidade humana como pré-requisito na contratação de empregado, tendo como problema: (im) possível exigir a certidão de antecedentes criminais no âmbito juslaboral? Os objetivos específicos que compõem este manuscrito são: Discutir os princípios constitucionais da não discriminação; analisar práticas de exigência de experiência prévia e antecedentes criminais no meio juslaboral; discutir tais exigências de experiência previa e antecedentes criminais à luz do princípio da não-discriminação e da jurisprudência.

O intuito é compreender melhor o assunto aqui abordado, adentrando nos principais instrumentos normativos; visões de estudiosos; a fim de abordar essa prática

de exigência de certidão de antecedentes criminais e experiência prévia no momento da contratação, de forma a verificar a violação dos princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, apresentar-se-á uma análise conceitual do princípio de dignidade da pessoa humana; as relações de limite entre empregador e empregado, a discriminação no meio juslaboral, assim como, as consequências originadas por tais atos na esfera social. Pretende-se também, promover discussões tanto no meio acadêmico, quanto na esfera jurídica, investigando os impactos no mundo fático, no que diz respeito ao direito de informação em contraponto a violação da intimidade, a possibilidade de desrespeito ao Princípio da Dignidade Humana e principalmente a afetação ao Princípio da não Discriminação, instituto muito importante no direito do trabalho.

Assim, torna-se essencial elencar as possibilidades em que o ordenamento jurídico brasileiro permite a exigência da certidão de antecedentes criminais, expondo alguns conceitos como a definição do que são os antecedentes criminais para esclarecer o entendimento da temática. Por meio da jurisprudência, será demonstrado um caso concreto com o intuito de compreender o assunto, de forma a verificar se existe violação dos princípios jurídicos.

Os caminhos metodológicos percorridos para construção desta pesquisa, deu-se por meio da revisão de literatura de estudos e livros relacionados ao Direito do Trabalho, analisando a doutrina contemporânea, bem como, documental, através de consulta a leis, acórdãos e súmulas do TST, com destaque para Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhistas. Utilizou-se os seguintes descritores: Direito do Trabalho; Princípio da Não Discriminação; Princípio da Dignidade Humana; Experiência Prévia; Antecedentes Criminais.

Após a revisão bibliográfica, realizou-se a leitura flutuante dos artigos e livros, normas, destacando os pontos chaves desses instrumentos, agrupando os mesmos em quatro capítulos com as seguintes temáticas: 2. Discutindo os princípios constitucionais da não- discriminação e dignidade da pessoa humana; 3. Práticas de se exigir experiência prévia e certidões de antecedentes criminais como requisitos para contratação; 4. A exigência de antecedentes criminais à luz do princípio da não-discriminação e da jurisprudência consolidada do TST.

Desse modo, é imprescindível apresentar de forma breve alguns aspectos relacionados a todos os institutos que serão discutidos neste projeto, uma vez que, mesmo com o conhecimento da existência de dispositivo legal disciplinando a matéria, tanto o estudo doutrinário, quanto a jurisprudência divergem dessas exigências de forma indiscriminada, pontuado que deve haver um limite para tal prática.

I. DISCUTINDO OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

I.1. Princípios constitucionais da não-discriminação e dignidade da pessoa humana

O presente capítulo abordará um dos princípios fundamentais que é a dignidade da pessoa humana, nesse sentido, existem os direitos humanos que são normas existentes para garantia de direitos (BRASIL, 1998). Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos vivem no meio social e entre si, a relação destes com o Estado e as obrigações que o Estado tem com os cidadãos. Vale destacar que, nenhum governo, grupo ou indivíduo tem o direito de fazer qualquer coisa que viole os direitos de outra pessoa (DELGADO, 2013).

Considerando que a atividade laboral é essencial para subsistência do ser humano, principalmente no aspecto material, a discussão sobre um possível comprometimento na contratação do empregado resultante das referidas exigências, torna-se de grande relevância, uma vez que, ao dificultar a entrada no mercado de trabalho, esses pré-requisitos podem gerar uma discriminação negativa tendo como consequências a hipossuficiência financeira do indivíduo.

Vale ressaltar que, o Estado Democrático de Direito garante o princípio da dignidade da pessoa humana, onde a Carta Magna consagra tal princípio no artigo 1º da Constituição, considerando como um pilar de extrema importância no sistema jurídico (BRASIL, 2006).

Assim, prevalecem as normas constitucionais de proteção ao trabalho humano, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. Do ponto de vista trabalhista existem limites que devem considerar o princípio da legalidade, como também, a proteção à dignidade humana e de não discriminação, que são postulados firmados na

Constituição da República de 1988 em diversos dispositivos, e na Convenção III da OIT e em pela Lei nº 9.029/95.

O artigo 1º da Convenção nº III da OIT determina no 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, 1995, online)

O artigo 1º da Lei nº 9.029/95 refere justamente, que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de manutenção destes tipos de práticas, seja por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade. Observa-se que, o artigo discrimina todas as formas de discriminações, em especial, aquelas que gerem consequências prejudiciais ao trabalhador, reforçando sobretudo, a não discriminação no ambiente laboral (VIANA, 2011).

Contudo, há ressalvas no caso de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal que diz: proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). (BRASIL, 1988, online)

O ordenamento jurídico brasileiro condena sobre quaisquer hipóteses a estigmatização do ser humano, essa vedação se estende ao uso de certidão de antecedentes criminais como exigência prévia na contratação do empregado, baseamos tal argumento no 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, online).

Discriminação exigir experiência superior há 6 meses.

À análise da afetação ao princípio da não discriminação e princípio da dignidade humana na contratação de empregado é de vital importância, pois essa problemática gera implicações na cadeia produtiva, assim como, na conjuntura social. Diante da necessidade de parte da sociedade brasileira em buscar uma colocação no mercado de trabalho, muitas vezes, por estarem em situação de vulnerabilidade, acabam sofrendo processo de discriminação, fato é que, “as formas contemporâneas de discriminação raramente são abertas” (PAGER, 2006).

O artigo citado acima da Convenção III da Organização Internacional do Trabalho (OIT) enfatiza a gravidade da discriminação, bem como, 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 que implique de forma negativa na imagem da pessoa de direito, ou na igualdade de oportunidades e tratamento exigida entre todos em matéria de emprego ou de profissão, que tenha como efeito a diferenciação no que se refere as oportunidades (MONLEVADE,2017).

2779

Considera-se que uma pessoa sofre processo de discriminação quando na identidade social deste indivíduo é atribuindo algum tipo de característica, frustrando desta forma, às expectativas de normalidade para com este (GRECO, 2011). Em virtude disso, a pessoa que possui certidão de antecedentes criminais positiva acaba sendo rotulada por portar este documento “desonroso”, é como se fosse uma marca que o indivíduo acaba levando a vida toda, não tendo a possibilidade de se reintegrar no ambiente social (PASTORE, 2011).

Negativos de exigir experiência superior há 06 meses

Deve-se entender que, a pessoa que praticou atos criminosos já pagou a pena, ou seja, essa pessoa errou, mas agora encontra-se em ambiente social novamente, como cidadão também usufrui de direitos e deveres. O artigo citado mais acima art. 748 enfatiza a garantia da efetividade do 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, desse modo, a vida útil da informação criminal tende a

desaparecer quando se esgota resposta penal conferida ao fato criminoso (MARTINS, 2011). Experiências superior há 6 meses

Ao discutir nesse capítulo sobre a não discriminação no processo de contratação do trabalhador se abre espaço para a seguinte reflexão: É necessário exigir do trabalhador Experiência profissional superior há 06 mesees? É necessário exigir certidão de antecedentes criminais como garantia prévia de contratação? Entendendo que essa pessoa já se encontra em situação de vulnerabilidade, desigualdade, pois está fora do mercado de trabalho. Ampliar os debates que envolvem essa problemática se faz necessário, reforçando que certos conceitos e condutas jurídicas tradicionais se tornam atualmente insustentáveis (DELGADO, 2013).

1. 2. Conceito de antecedentes criminais

Tomando nota da conceituação do tema aqui exposto, o que seria antecedente criminais? O dicionário da língua portuguesa traz o seguinte conceito: Antecedentes “que antecede; precede; que sucedeu antes; fatos anteriores; atos da vida passada” (MORAES, 2003). Já em relação ao segundo subtítulo (Criminais) são considerados fatos anteriores relacionados a um evento significativo qualificado dentro da esfera criminal. Tais fatos estão dispostos no art. 59 do Código Penal Brasileiro (CPB).

Queiroz (2006, p.369-370) refere que, os antecedentes são os fatos, bons ou maus, anteriores à conduta do acusado, assim, são merecedores de apreciação na sentença, no sentido de reprová-la, ou aprová-la.

Em instância final, antecedentes criminais, nada mais é que, o histórico de vida pregressa do indivíduo, onde todos os acontecimentos ficam registrados para fornecer ao julgador, ou a quem quer que interesse, elementos que possibilitem a análise da personalidade daquele (GRECO, 2011).

1.3. Entendimento sobre experiência prévia

A lei nº 11.644 (2008) acrescentou o artigo 442-A à Consolidação das leis do Trabalho (CLT). O acréscimo deste artigo visa impedir que as empresas no ato contratatório exijam dos candidatos a comprovação de experiência superior a seis meses. Conforme o referido artigo:

Art.442-A. Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 seis (seis) meses no mesmo tipo de atividade. (BRASIL, 2008, online).

Assim, na fase pré-contratual as empresas devem considerar outras situações da vida pregressa do candidato à vaga, como por exemplo, as vivências pessoais ou estudantil. Entendendo dessa forma, que a exigência de exigência prévia se configura como uma exigência injusta, uma vez que, existem casos de pessoas que são preteridas em disputas de ocupações devido às repetidas exigências de anos de experiência além do que a lei dispõe.

Observa-se que, uma das causas dos altos índices de desemprego entre jovens se deve à exigência indevida de experiência profissional. Esses fatores ocasionam sérios problemas de cunho social, como a violência, a falta de perspectiva nos jovens, o que os fazem até mesmo desistir de adentrar no mundo laboral.

Máximo de seis meses acaba criando um mercado de trabalho mais acessível e aberto aos jovens.

2. PRÁTICA DE EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA COM REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO VERSUS JURISPRUDÊNCIA

2781

Nos termos do art.442-A da CTL é vedada a exigência de experiência prévia superior há seis meses. Na prática significa dizer que o dispositivo legal impede que a empresa na fase de contratação exija do candidato um período de experiência maior que seis meses para concorrer a vaga de emprego (BRASIL, 1998).

Neste momento, busca-se conhecer as qualificações do candidato em contraponto com a vaga oferecida. A lei trouxe esse amparo no sentido de possibilitar que jovens recém-formados adentrassem no mercado de trabalho, ainda qu sem prévia experiência profissional. Percebe-se que, quando essa lei foi criada, o país passava por uma grande crise econômica e enfrenta altos índices de desemprego, em decorrência da crise do “suprime” nos Estados Unidos (BARROS, 2009).

A partir de então, exigir experiência para fins de contratação com prazo acima de seis meses é ilegal, podendo acarretar em responsabilização civil da empresa, caso comprovada a conduta contrária a previsão incluída na CLT (FERNANDES, 2011).

Apesar da existência da lei, tal prática de exigência de experiência superior a seis meses ainda é aplicada por algumas empresas, ferindo de certa forma o direito da pessoa que ainda não tem experiência de adentrar no ambiente laboral, a lei se tornou existencial no intuito de coibir a discriminação com esses jovens trabalhadores ou trabalhadores com menos experiência, todavia na prática esse instrumento normativo não é respeitado em sua totalidade pelas empresas (DELGADO, 2013).

Conforme observa-se em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região TRT-4 Recurso Ordinário/ Processo nº XXXXX-88.2018.5.04.0281 (RO).

Ementa: Recurso ordinário da reclamante. Mandado de Segurança. Edital de Concurso para Emprego Público: Exigência de experiência mínima de seis meses para o cargo de enfermeira.

No caso em análise, a interpretação sistemática do edital- em consonância com as disposições do arti. 442-A da CLT (finalidade da norma)- leva à conclusão de que a autora preenche os requisitos para a posse no cargo público pleiteado, inclusive por possuir experiência mínima de seis meses na função na área hospitalar. Assim, concede-se a autoridade coatora proceda à imediata posse da impetrante no emprego público (cargo de enfermeira).

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDAM os Magistrados integrantes da 3 turma do Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região por: unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário da autora/impetrante para conceder a tutela antecipada de urgência , determinando-se que a autoridade coatora proceda à imediata posse da impetrante no emprego público (cargo de enfermeira) , sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$500,00 em favor da impetrante. Custas processuais (no mesmo valor definido na sentença) revertidas à demandada, que fica isenta do recolhimento (Súmula 87 deste Tribunal Regional). Intime-se. Porto Alegre, 06 de maio de 2019. (TRT-4 Processo nº XXXXX-88.2018.5.04.0281. 2009. Relator Rogério João e Darci)

Observa-se no caso acima que, mesmo com o respaldo na lei de que é vedada a exigência de experiência superior a seis, é como a exigência de tal requisito no cotidiano de algumas empresas. Contudo, deve-se analisar que o contrato de trabalho é o vínculo material que une empregador e empregado em acordo pelo qual as partes estabelecem obrigações e deveres, e independente da forma como pactuado deve observar os requisitos da personalidade, subordinação, a onerosidade e a não eventualidade de forma simultânea, sob o risco de afastar a relação de emprego (PASTORE, 2011).

Para o empregado a atividade exercida na relação trabalhista decorre da dependência econômico-financeira, fator de extrema relevância na vida do ser humano, pois envolve aspectos essenciais para sua subsistência, bem como, para com a dignidade da pessoa (DELGADO, 2013).

Entretanto, até a realização fática do contrato de trabalho, existe para o empregado as fases da procura e oportunidade, e quando esta última surge, também surge para o empregador o direito de conhecer o pretense candidato à vaga disponível em sua empresa, que consiste na avaliação das habilidades, conhecimento do desempenho e comportamento em empregos anteriores, da mesma forma, o comportamento social (GRECO, 2011).

Portanto, no sentido de não formar um contexto contratual discriminatório, os tomadores de serviços deveriam não exigir tanto a experiência superior há seis meses.

3. A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA CONTRATAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO TST

3.1. Discutindo princípios constitucionais *versus* a exigência de antecedentes criminais

O princípio da dignidade do ser humano é um conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo o ser humano, independente da sua condição perante a circunstância dada. Tão relevante é este Princípio, que é fundamento da República Federativa do Brasil para constituição em Estado Democrático de Direito, nos termos do art.1º, III (BRASIL, 1998, online).

Na seara trabalhista este princípio está voltado à proteção do trabalhador frente ao sistema capitalista abusivo com jornadas de trabalhos excessivas, condições de trabalho desumanas, falta de pagamento pelo trabalho executado, este princípio recai sobre tratamento dado ao pretense candidato durante o processo seletivo para aquisição da vaga de trabalho, sobretudo no que diz respeito à exigência de experiência prévia e antecedentes criminais (PASTORE, 2011).

Já o princípio da não discriminação considera que deve ser dado tratamento igual a pessoas em situações iguais com o propósito de estabelecer igualdade. Desse modo, Barros (2009, p. 61) argumenta que:

O empregador deve limitar-se a obter dados consoantes à capacidade profissional do empregado, caso contrário, violaria a intimidade do candidato, por investigar características pessoais sem qualquer conexão com a natureza da prestação de serviços ou com a organização do trabalho, restando evidente a conduta discriminatória praticada pelo empregador. (BARROS, 2009, pág. 61).

Partindo da necessidade de igualar os desiguais em processo seletivo para vaga de emprego, esta igualdade não basta que seja formal, e sim que se materialize de forma concreta durante o referido processo com o objetivo que todos os concorrentes estejam em pé de igualdade dentro das possibilidades de cada um conforme as questões objetivas do processo (PAGER, 2017).

Vale destacar que, o princípio da não discriminação é assegurado pela Constituição Federal e diversos mecanismos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e recai sobre todos os campos do Direito, sobretudo no âmbito trabalhista, onde a sujeição e subordinação revela uma desigualdade entre as partes.

A discriminação manifesta-se de forma direta, indireta ou oculta. Na forma direta, a discriminação é explícita, pois plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório.

A discriminação indireta, por sua vez, é criação do direito norte-americano, baseada na teoria do impacto desproporcional (...). Esta modalidade se dá através de medidas legislativas, administrativas ou empresariais, cujo conteúdo, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, acentua ou mantém tal quadro de injustiça, ao passo que o efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas (BARROSO, 2010).

Finalmente, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, caracteriza-se pela intencionalidade (não encontrada na discriminação indireta). A discriminação oculta outrossim, é disfarçada pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando real intenção efetivamente discriminatória.

O dogma penal traz alguns conceitos de situações que são consideradas com antecedentes criminais: inquéritos policiais arquivados; inquéritos policiais em trâmite; processos judiciais em trâmite, dentre outros (PASTORE, 2011). Entende-se que, a empresa muitas vezes utiliza este recurso de pesquisa dos antecedentes para ter mais segurança na contratação dos trabalhadores, porém o candidato em questão já cumpriu a pena, assim não pode ser penalizado novamente em questão de ser um ex-detento.

O empregador ao desconsidera tal fato, está descumprindo e ferindo a lei, uma vez que, não existe punição perpétua, é preciso que haja a reintegração, todavia, conforme se

observa existem vários processos na contemporaneidade que trazem hora ou outros casos dessa natureza, demonstrando que a discriminação existe e se propaga (ALVARENGA, 2015).

As empresas acabam exigindo dos candidatos à vaga conduta idônea, contudo, tal posicionamento de exigir antecedentes criminais é indiscreta, gerando uma invasão na vida pessoal do indivíduo, privando essa pessoa de recomeçar a vida, pois sabemos que o trabalho proporciona dignidade aos cidadãos em todos os sentidos (BISSOLI FILHO, 1998).

Ao exigir do empregado certidão de antecedentes criminais de forma ampla e sem nenhum critério específico, o empregador está ferindo o princípio da legalidade, pois um dos critérios utilizados 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, onde se trata de uma premissa fundante para a questão jurídica do dano moral e da certidão de antecedentes criminais. O art. 202 da Lei de Execução Penal expressa que o uso de antecedentes criminais deve ser limitado à instrução do processo criminal e às estritas hipóteses admitidas em lei (FERNANDES, 2011).

Na mesma linha de pensamento, temos o artigo 5º, inciso XII, da Constituição que sinaliza: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, analisa-se que as qualificações profissionais necessárias ao desempenho das atividades laborais devem ser estabelecidas por lei.

Nessa perspectiva, existem alguns regramentos especificados na lei que determinam a prévia apresentação de certidão de antecedente criminal para a contratação do candidato ao emprego, ou seja, o artigo 16, inciso VI, da Lei nº 7.102/1.983, salienta a exigência de na contratação da profissão de vigilante se deve apresentar a 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 determinou a necessidade dos 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 (FERNANDES, 2011).

Outras categorias profissionais: o 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;” (BRASIL, 1983, online)

Nessa perspectiva, entende-se que o poder de escolha do empregador não deve sobrepor a lei, pois para exercer a atividade laboral não é necessário comprovar o passado criminal do indivíduo, exceto nos casos previstos em lei, conforme discutido no decorrer deste estudo.

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

A partir da discussão gerada sobre a exigência de antecedentes criminais no ato contraditório surge a seguinte indagação: o ordenamento jurídico autoriza a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais no plano das relações juslaborais?

Conforme analisado nos estudos, observa-se que não há essa possibilidade quando não abrange os casos específicos elencados pela lei, destacando que a própria exigência da apresentação se configura em ilícito trabalhista. Tais estudos, trazem a visão de diferentes autores que defendem esse ponto de vista baseado nas três áreas do Direito: Direito Constitucional, Trabalhista e Penal (FERNANDES, 2011).

Na concepção do Direito Constitucional, estudiosos afirmam não ser possível a discriminação no âmbito do contrato de trabalho, uma vez que, um dos objetivos da República Federativa do Brasil se refere a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Essa visão dos autores é reforçada quando citam o artigo 5º para defender esse posicionamento, ou seja, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (MARTINS, 2011).

Contemplando o Direito do trabalho, os estudos apontam a existência de legislação vigente acerca da exigência de antecedentes criminais como a legislação do vigilante e a legislação do empregado doméstico (Lei Complementar nº150/2015), assim essa exigência é permitida quando há previsão legal expressa na lei para tais categorias

profissionais, outras modalidades de emprego não poderiam exigir a certidão de antecedentes criminais (GONÇALVES, 2011).

A Lei 7.102/83 aborda casos em que a investigação social do candidato é feita também quando em 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.

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, caracterizar como ato discriminatório, mantendo-se a dignidade do trabalhador intacta (ESCULÁPIO, 2013).

Em decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Maurício Godinho Delgado destacou 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, cujo caso em questão será analisado 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 (VIANA, 2011).

Contudo, na mesma decisão, o Ministro Mauricio Godinho Delgado sinalizou que na Constituição Federal existe 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. 7º, 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 essas sejam essenciais, imprescindíveis para o regular e seguro exercício da atividade profissional, ou seja, 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).

Nesse íterim, tais casos delimitados, ou seja, explicitamente permitidos pela lei, a ponderação de valores e princípios acentua o amplo acesso às informações (mormente por não se tratar de informações íntimas (CAPOTE, 2018).

Em relação ao Direito Penal, estudiosos argumentam que os antecedentes criminais são pilares do instrumento criminal, devendo ficar restrito a este âmbito, não se ampliando aos aspectos trabalhistas (MACHADO, 2018).

Percebe-se que, parte da jurisprudência considera a necessidade da certidão de antecedentes criminais como forma de afetar os direitos da personalidade, na medida em que viola o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do candidato ao emprego, porém por outro lado, existe a compreensão do amparo ao empregador, o direito ao resguardo da segurança, do 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 (MONLEVADE, 2017).

Todavia, a liberdade contratual não pode obstar de modo ilícito a liberdade de trabalhar de cada indivíduo, pois 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 condenam a discriminação, ao referir que somente serão admissíveis tais distinções quando for exigidas determinadas qualificações para o desempenho de um determinado labor (CHIAVENATO, 2018).

Esses procedimentos, embora permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro em casos bem específicos, geram grandes discussões se utilizados como forma de discriminação que impossibilite o acesso de forma igualitária entre os concorrentes a uma vaga de emprego. Assim, em caso de eventual existência de registro de certidão de antecedentes criminais, esse fator não deve ser um impeditivo para recolocação do ex-detento no mercado de trabalho, uma vez que, a condenação não tem correlação com a atividade laboral, além disso, essa pessoa precisa ser reintegrado no meio social, conforme o direito líquido que todo cidadão possui.

A maioria dos estudos contempla a importância de na vertente do Direito do Trabalho, o empregador somente exigir certidão de antecedentes criminais, nos casos dispostos em lei, sendo entendível que ao particular é assegurado fazer o que a lei determina, de não abrir espaço ao particular, exigindo que o mesmo proceda conforme a finalidade do contrato de trabalho e a seleção de um bom candidato.

3.3. Exigência de antecedentes criminais na jurisprudência trabalhista

A seguinte matéria contempla o tema discutido no percorrer deste manuscrito sobre o ponto de vista da jurisprudência: Exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego revela discriminação. A 1ª Turma seguiu a tese jurídica firmada pelo TST sobre a matéria (Processo: RR-207000-56.2013.5.13.0024):

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho deferiu indenização por danos morais a um operador de serigrafia que, para ser admitido pela Alpargatas S.A., teve de apresentar certidão de antecedentes criminais. A Turma seguiu a tese jurídica firmada pelo TST de que a exigência, sem a observância de alguns critérios, não é legítima e caracteriza discriminação. (TST- Processo: RR-207000-56.2013.5.13.0024)

Nessa situação, observou-se na reclamação trabalhista, que o operador sustentou que a conduta da empresa havia violado a intimidade e dignidade e representado “flagrante critério discriminatório para a admissão de seus empregados”. Já o juízo de primeiro grau e o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB) julgaram improcedente o pedido de indenização. Para o TRT, a certidão de antecedentes criminais é documento de domínio público, obtido no site do órgão emissor sem restrições de qualquer natureza, o que afastaria os argumentos de invasão de privacidade, violação da intimidade ou ato lesivo à honra. Assim, o TRT considerou que:

Ainda que se considere eventual dissabor ou aborrecimento experimentado pelo trabalhador”, a apresentação da certidão é uma exigência formal, e o não cumprimento dessa formalidade não impede a contratação, como ocorreu no caso em que houve a admissão. (TRT, 2013, online)

Contudo, ao examinar o recurso de revista do empregado, o relator, ministro Walmir Oliveira da Costa, destacou que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do TST, no julgamento de incidente de recurso repetitivo envolvendo também a Alpargatas (IRR-243000-58.2013.5.13.0023), tratou exatamente desse tema.

Nessa decisão, a SDI-1 firmou a tese jurídica de que a exigência da certidão de candidatos 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, não é legítima e caracteriza lesão moral, independentemente de ter ocorrido a admissão. Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso e condenou a Alpargatas ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R \$5 mil.

O caso concreto acima revela que, embora o TRT tenha considerado a apresentação da certidão como uma exigência formal, ao examinar o recurso o relator, ministro Walmir Oliveira da Costa na a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) tratou da temática considerando que quando a exigência de declaração de certidão negativa não se justificar em razão de previsão em lei caracteriza lesão moral, fato é que o empregador não usou de nenhum critério específico para solicitar a certidão ao empregado no momento da contratação, ou seja, não considerou os casos específicos que a lei contempla (TST, 2017).

Nesse caso, proferiu-se a indenização para o empregado, pois a mesma é concedida 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, situação essa que foi exposta no caso acima (TST, 2017).

A partir de agora o tribunal superior do trabalho definiu em sede de recurso de revista repetitivo a seguinte tese: i) 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 de lei, dada a natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. Como também:

II) 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. IIi) a exigência de certidão de antecedentes criminais, quando ausente alguma das justificativas de que trata o item II, supra, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido. (TST, 2017, online)

Dessa forma, não é legítima a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando não existe a previsão em lei. A exemplo disso, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho baseou-se neste entendimento condenando uma empresa do ramo alimentício a pagar indenização de R \$5 mil a um auxiliar de produção obrigado a apresentar certidão negativa de antecedentes criminais para ser contratado

(TST, 2017). Assim, de acordo com a jurisprudência do TST, a exigência, quando não for alicerçada pela função exercida, caracteriza danos morais.

No processo trabalhista, o ajudante sustenta seu argumento na lei, afirmando que apresentar a certidão de antecedentes criminais para exercer a função designada (auxiliar de produção) na fabricação de massas e biscoitos, caracteriza com ilícito da empresa, sendo passível de reparação, neste caso específico, o empregado introjetou que tal exigência colocava dúvidas sobre a honestidade do mesmo e violava o direito à intimidade (TST, 2017).

O entendimento do juízo da 1ª Vara do Trabalho de Maracanaú (CE) julgou improcedente o pedido de indenização; o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE) manteve a sentença, pois conforme o TRT, não é razoável que um candidato a emprego se sinta moralmente ofendido com esse tipo de exigência (TST, 2017).

Nesse prisma, 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, ademais, gera para o empregado uma possibilidade de não ser contratado devido tal fato, restringindo de tal modo, a inserção desse cidadão no mercado de trabalho.

Vale ressaltar, como já exposto no percorrer deste manuscrito, que a exigência de antecedentes criminais, embora não tenha regulamentação expressa na CLT, encontra amparo na jurisprudência do TST. Em tese firmada na apreciação do Incidente de recurso de revista repetitivo – tema 0001, o colegiado entende ser possível a exigência de antecedentes criminais em razão da natureza da atividade que o candidato está concorrendo sem afetar sua moral, visto que, em virtude de algumas atividades laborais ter relação direta com valores em espécie e informações valiosas, seria um grande risco para empregador o não estabelecimento de critérios mínimos de segurança visando coibir possíveis condutas criminosas.

Dessarte, analisando sobre o prisma constitucional, pode-se concluir que a exigência de certidão de antecedentes criminais não se configura como discriminação, pois conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) solicitar antecedentes criminais não se caracterizaria como processo discriminatório. Contudo, a maioria dos estudos analisados referem que exigir esse documento sem considerar os

casos específicos em lei pode se enquadrar como ato discriminatório, nessa dualidade, basta considerar o que dispõe a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca da temática exigência de experiência prévia como requisito para contratação, observou-se que a lei é bem clara ao referir que o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência superior a seis meses, contudo, observa-se pelos estudos que tal prática ainda é corriqueira.

Sobre a exigência de antecedentes criminais houve o seguinte entendimento: existe uma divergência na doutrina em se tratando do tema explanado, ou seja, do ponto de vista constitucional, pode-se asseverar que solicitar a apresentação da certidão de antecedentes criminais não é discriminação, bastando dizer que, segundo entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, exigir antecedentes criminais, mesmo não havendo previsão legal que possibilite essa exigência, não se configura como dano moral e, não sendo por isso passível de indenização.

Entretanto, alguns doutrinadores tem a compreensão de que é factível exigir antecedentes criminais, desde que exista previsão legal, caso contrário, se constitui como discriminação a não existência de lei que assegure essa prática. Os operadores do direito afirmam esse ponto de vista nas considerações do TST que refere como sendo legítima a exigência de antecedentes criminais na fase pré-contratual nos casos das seguintes profissões: empregados domésticos, trabalhadores que atuam com informações sigilosas e cuidadores de menores, idosos ou pessoas com deficiência.

Entendendo que, quando a solicitação deste documento por parte do empregador for infundada, trata-se de ato discriminatório, podendo ser caracterizado assédio moral passível de indenização.

Assim, essa dualidade de concepções permitiu o surgimento de dois entendimentos: é permitido ao empregador exigir tal documento, ainda que, não esteja expresso na lei, entendo que se trata de uma prática amplamente realizada no Brasil, porém existem percepções de estudiosos do direito, assim como, na jurisprudência de que somente não é enquadrado em dano moral quando a exigência deste documento está atrelada a uma determinada função no meio juslaboral.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.
- BARROS, Alice Monteiro de; **Proteção à Intimidade do empregado**, 2º ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CHERAB, Gustavo carvalho; **O Princípio da não Discriminação e o Ônus da Prova**. São Paulo: Ed. Atlas, 1985.
- FERNANDES, Izis. **Procedimentos de Controle Interno no Departamento Pessoal**. São José, 2011. Disponível em :[uplods>2015/08](#)>. Acesso em 01 agosto de 2022.
- FIGUEIREDO, Sandra; CAGGIANO, Paulo Cesar. **Controladoria: teoria e prática**. São Paulo: Ed. Atlas, 1993.
- 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.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.
- 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.
- 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.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. RO 0000399-36.2014.5.04.0702- Rel. Marcelo José Ferlin D Ambroso – Publicado em 11 de junho de 2015. Disponível em<<https://www.conjur.com.br/dl/empresa-condenada-exigir-certidao.pdf>> Acesso em 17 de novembro de 2022.

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.

GONÇALVES, Gilson. **Rotinas Trabalhistas de A a Z.** Paraná: Ed. Juruá, 2011.

MACHADO, Tatiana Pires. **Métodos de controle interno no departamento de pessoal do município de sete lagoas - MG.** São João Del-Rei, 2018. Disponível em <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/515/TC%20-%20Talmer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 17 de novembro de 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 12^a Edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2011

PAGER. Devar; **Medir a Discriminação, Tempo Social.** Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000200004>> Acesso em 17 de novembro de 2022.

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

VIANA, Marcelo Muniz Baptista. **A importante relação entre o empregado e o empregador.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011.

LUNKES, Rogério João; SCHNORRENBURGER, Darci. **Controladoria: Coordenação dos Sistemas de Gestão.** São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-AIRR-976-88.2016.5.13.0024. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/industria-calcados-pedir-certidaopdf>> Acesso em 17 de novembro de 2022.