

1- INTRODUÇÃO:

A contratação de empregados pela empresa pode ser analisada de distintos pontos de vista. Do ponto de vista da empresa, o que importa é a busca do lucro, a redução de custos e a competitividade de seus produtos. O empregado a ser contratado deve ser aquele que, além de qualificado para o emprego, represente menores custos e riscos. Assim, acredita a empresa que pode legitimamente imiscuir-se em questões afetas à intimidade do empregado e sua vida privada, na proteção de seus interesses e de seu patrimônio. Dentro desta perspectiva se inserem os testes seletivos em que são realizadas amplas intromissões na vida do candidato e sua personalidade (em alguns casos extremos até com realização de mapa astral do candidato e análise da personalidade pela letra) e generaliza-se a concepção de que é legítima a pesquisa de antecedentes criminais. A busca desta informação sustenta-se na idéia de que a Constituição assegura a livre iniciativa e a propriedade privada, sendo esta medida destinada à proteção de tais valores, constitucionalmente assegurados, a par de inserta no poder diretivo do empregador, que arca com os riscos do empreendimento.

É certo que vivemos uma crise de valores na sociedade atual, como muitos têm destacado em análises e comentários mais abalizados que este, nos periódicos e demais meios de comunicação. O crime organizado nos assombra todos os dias no noticiário e os limites entre o certo e o errado parecem-nos embaçados pelas necessidades da sociedade de consumo em que estamos inseridos. Assistimos com assombro filhos planejarem e executarem a morte dos pais, para usufruírem de liberdade sem limites e dos bens que compõem o patrimônio que lhes assegura uma vida confortável; filhos assassinarem pais, porque a droga tornou insustentável a convivência; por outro lado, pais matando os filhos, pelo mesmo motivo; pais atirando bebês contra carros em movimento, num acesso de fúria. Temos a clara sensação de que algo está errado.

Sentimo-nos impotentes para alterar estes fatos e concentramos nossa atenção numa proteção ineficaz e que, embora aparentemente inofensiva, é extremamente danosa para aquele que sofre suas conseqüências. Além de nos cercarmos de alarmes, grades e muros, exigimos dos candidatos a emprego que não possuam antecedentes criminais. Numa análise superficial, nada de errado nisto. Mas nosso compromisso não é com o senso comum, e sim com uma análise jurídica da questão.

2- DA CONFIGURAÇÃO DE PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA:

A igualdade de tratamento contemplada no texto constitucional e legislação infraconstitucional, pressupõe ausência de discriminação.

O inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado democrático de direito, estabelecendo, ainda, no art. 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

^(*)Procuradora do Trabalho, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná

outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República. Neste último dispositivo, inciso III, estabelece como objetivo a redução das desigualdades sociais; no art. 5º, *caput*, estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. De toda a disciplina constitucional observa-se a vedação de qualquer forma de discriminação no emprego, o que inclui o acesso ao emprego e a discriminação levada a efeito nos processos seletivos.

Na legislação infraconstitucional também se encontra expressa proibição de discriminação no âmbito laboral. A lei 9029/95 estabelece em seu artigo 1º que “*Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*” Nunca é demais lembrar que, do ponto de vista do Direito do Trabalho, os fatores de *discrimen* contemplados na lei são meramente exemplificativos, já que o texto legal proíbe qualquer prática discriminatória para o efeito de acesso ao emprego ou sua manutenção. A limitação que se efetiva na lei 9.029/95 é quanto à tipificação penal às hipóteses elencadas em seu artigo 2º.

Maurício Godinho Delgado conceitua discriminação como “... conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada...”¹ No art. 1º da Convenção n.º 111 da OIT a discriminação é conceituada como qualquer “...*distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão*”.

Há hipóteses em que o tratamento diferenciado é possível juridicamente, tal qual se verifica, por exemplo, nas medidas de ação afirmativa, como as cotas para portadores de deficiência previstas no art. 93 da Lei 8213/91 e Decreto 3298/99. Hédio da Silva Júnior entende que é possível diferenciar quando houver correlação lógica com a norma de conduta e com os valores constitucionais. Para ele a finalidade da diferenciação deve ser acolhida pelo direito, destinada à promoção da igualdade real.² Já para Luís Roberto Barroso³ as diferenciações são “juridicamente toleráveis” quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrificado; o meio empregado e o fim buscado for compatível com os valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra. No dizer de Leonardo Wandelli: “Há discriminação, nesse sentido, quando, não havendo uma razão suficiente para permitir ou obrigar um tratamento diferenciado, não se outorga um tratamento igual, resultando, *ipso facto*, na arbitrariedade da distinção. Ou seja, trata-se de uma distinção negativamente valorada pela ausência de uma justificativa suficiente.”⁴

Retornando à questão da contratação de empregados, poderíamos considerar legítima toda a aferição de qualificação e capacitação do candidato relacionada à necessidade do serviço. Ou seja, o empregador pode verificar tudo aquilo que venha a interferir posterior e objetivamente no trabalho que lhe será prestado pelo empregado contratado. Isso não significa sinal aberto a toda espécie de

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra Discriminação na Relação de Emprego. In: VIANA; RENAULT, Discriminação, p. 21.

² SILVA JUNIOR, Hédio. Ação Afirmativa na Constituição Federal de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida (org). Ação Afirmativa e diversidade no Trabalho: desafios e possibilidades.

³ BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In: VIANA; RENAULT, op. Cit. P. 169-226.

⁴ WANDELLI, Leonardo.

invasão da intimidade e vida privada do empregado (matéria que será ,melhor analisada mais adiante), nem a pesquisa de qualquer informação que não esteja diretamente relacionada ao trabalho a ser realizado. Os dispositivos constitucionais e legais anteriormente elencados impõem limite ao poder diretivo do empregador. O empregador pode contratar quem deseja dentre aqueles que se apresentam para a vaga oferecida, mas não pode contratar ou deixar de contratar com base em critérios discriminatórios. Da mesma forma, não pode deixar de promover ou dar oportunidades na empresa, ou fundar o despedimento em critérios discriminatórios. Ao contratar ou deixar de contratar com fundamento em critérios discriminatórios o empregador estará, em verdade, praticando abuso de direito. A este respeito, invocamos a lição da Dra. Aldacy Rachid Coutinho, quando analisa o poder punitivo trabalhista:

“O titular do direito assegurado pela ordem jurídica vigente deverá exercê-lo dentro das finalidades para as quais foi reconhecido. Estaria caracterizado o abuso de direito se o empregador, titular do direito de aplicar sanções disciplinares, agisse em desacordo com a boa-fé, com um escopo diverso do que deveria presidi-lo, porquanto o poder de sancionar do qual está investido tem uma finalidade repressiva e preventiva em absoluta causalidade com a falta em sua gravidade.

(...) Todo e qualquer direito subjetivo, no seu exercício sofre uma limitação, à medida que esbarra na esfera jurídica alheia; também o poder deverá ser limitado no seu exercício em relação à finalidade do seu reconhecimento e, assim, fala-se em excesso ou abuso de poder.”⁵

Sendo limitado o poder diretivo do empregador, inclusive na contratação de empregados, aos preceitos e normas constitucionais e legais que vedam qualquer prática discriminatória no trabalho, resta-nos verificar se a pesquisa dos antecedentes criminais é discriminatória, para o que será necessário adentrarmos um pouco na legislação penal e processual penal.

Como observa Ronaldo Leite Pedrosa⁶, os registros dos antecedentes criminais de um cidadão destinam-se a que sejam decretadas prisões preventivas (art. 312 do CPP); para que sejam negadas liberdades (art. 323, III do CPP); para que seja revogada suspensão condicional da pena (art. 709, § 2º do CPP); para a fixação da pena (art. 59 do CP). Ou seja, a finalidade é sempre a de instrumentalizar o processo criminal e as autoridades a ele afetas. Veja-se, ainda, que o art. 64 do Código Penal, inciso I estabelece que: *“não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se não ocorrer revogação.”* O que significa que transcorrido o lapso temporal mencionado no referido dispositivo, nem mesmo o Estado, ao realizar a acusação criminal, poderá tomar em conta a existência de tais antecedentes. Aliás, ultrapassado este lapso temporal, dispõe o art. 748 do CPP que *“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.”* O art. 202 da Lei das Execuções Penais, por sua vez, estabelece que: *“Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”* O que significa que nenhuma menção à condenação deverá constar na folha de antecedentes ou certidão correspondente após a reabilitação do cidadão. O artigo 93 do Código Penal estatui que *“A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o processo e condenação”*. Tal dispositivo estabelece que tais informações, nestas circunstâncias, não são públicas, mas sim restritas, sigilosas.

⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder Punitivo Trabalhista. P. 165.

⁶ PEDROSA, Ronaldo Leite. Folha Penal Perpétua.

Toda esta normativa está em conformidade com o texto constitucional, que estabelece no art. 5º, inciso XLVI que caberá à lei a regulamentação acerca da individualização da pena; e no inciso XLVII do mesmo artigo, quando estabelece que não haverá penas de caráter perpétuo.

O ordenamento jurídico estabelece limites à manutenção dos registros criminais e em nenhum momento assegura a existência de tais registros para finalidades particulares que não envolvam o interesse público. A esse respeito, afirma Ronaldo Leite Pedrosa: “Portanto, o que deixamos claro é que o ordenamento jurídico não se coaduna com a manutenção e revelação externa de anotações criminais de uma pessoa. Mesmo para as solicitações de juízes competentes existe uma barreira, pertencente ao prazo para a reincidência.”

Se o ordenamento jurídico limita o acesso à informação acerca de antecedentes criminais nas hipóteses anteriormente mencionadas, podemos entender como ilícita a sua pesquisa por terceiros, em especial o empregador para fins de acesso ao emprego. Na prática, contudo, o que verificamos é a pesquisa irrestrita de tais informações, constando da certidão de antecedentes criminais, desde inquéritos sem informação do resultado (que podem não ter ensejado processos criminais), até condenações que não mais deveriam constar da folha de antecedentes do reabilitado e existência de mandado de prisão em delito já alcançado pela prescrição. Desde a briga de vizinhos, em que o ofendido levou ao conhecimento da polícia a alegação de lesão corporal perpetrada pelo outro, até acidente de veículos, ao qual todos os que dirigem estão sujeitos, tudo pode aparecer na pesquisa dos antecedentes criminais do cidadão.

Caso não seja hipótese de extinção da punibilidade ou reabilitação, situações em mais facilmente se percebe a impossibilidade legal do fornecimento desta informação, é possível a pesquisa de antecedentes criminais para a contratação do candidato pelo empregador? É possível, neste caso, o discrimen? Não poderíamos dizer que há correlação lógica entre a conduta e as normas e valores legais e constitucionais vigentes, pois conforme anteriormente exposto, a finalidade da folha de antecedentes é resguardar o interesse público e instrumentalizar a persecução criminal, havendo vedação expressa de qualquer forma de discriminação e interesse na eliminação da exclusão social. Se constitui objetivo do Estado a eliminação das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos, não pode ser entendida como acolhida pelo direito a finalidade de deixar de contratar o candidato a emprego que possua registro de antecedentes criminais. Se há inquérito policial contra ele, não se pode compreender que necessariamente haverá processo criminal; se há processo criminal, somente poderá ser considerado culpado por meio da sentença condenatória transitada em julgado; se já tem contra si mandado de prisão em aberto, compete ao Estado sua localização e prisão, não sendo dado ao particular substituir-se ao Estado para este efeito (até porque a individualização da pena somente pode se efetivar através da lei, a teor do disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal).

Tampouco podemos afirmar que a prática possui fundamento razoável e está destinada a um fim legítimo. A pesquisa dos antecedentes criminais do candidato não traz à empresa nenhuma garantia de inexistência ou diminuição de riscos. Conforme exporemos adiante, a informação não é confiável, não há ainda um sistema integrado destas informações acessível pelas polícias de todos os Estados da Federação. Os antecedentes eventualmente registrados podem não ter nenhuma relação com o trabalho a ser prestado e não há nenhuma certeza de que o candidato que não possui os antecedentes no momento da contratação não venha a tê-los após a contratação, ou de que não venha a causar transtornos e prejuízos para a empresa, independentemente de ter ou não antecedentes criminais.

O elemento discriminatório não pode ser compreendido como residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas, a não ser que retomemos as teorias de Lombroso e compreendamos que o homem nasce com tendência à criminalidade. Todos somos humanos e passíveis de falhas, que devem ser punidas adequadamente, não em duplicidade, triplicidade, ou eternamente. Todo o nosso

ordenamento jurídico penal está voltado à concepção de reabilitação daquele que pratica um delito, da possibilidade de se modificar e não voltar a delinquir. E como no ideário coletivo contemporâneo a identidade do cidadão está associada ao trabalho, para que seja possível o resgate de sua dignidade e uma efetiva recuperação, é preciso que seja assegurada a reinserção no mercado de trabalho.

Não há proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrificado, pois não se pode compreender como prevalente a tutela ilimitada da propriedade e da iniciativa privada, em detrimento do direito à intimidade e vida privada, do direito a não ser discriminado, e em especial, do direito à dignidade. Se um cidadão cometeu algum delito e já cumpriu a pena correspondente, ou se o inquérito policial não ensejou processo criminal, ou se já está extinta a punibilidade, há fundamento razoável para deixar de contratá-lo? Há proporcionalidade entre o fim buscado, a proteção do patrimônio e da empresa, e o meio utilizado, a exclusão permanente deste cidadão do mundo do trabalho? Ao que nos parece a resposta só pode ser negativa. A não ser naqueles casos em que a sociedade, por meio da lei, entendeu que a existência de antecedentes criminais deveria ser pesquisada, tal qual ocorre com os vigilantes e com os trabalhadores domésticos.

No caso dos vigilantes, a lei 7102/83 estabelece no art. 16, inciso VI o requisito não ter antecedentes criminais para o exercício da profissão. O vigilante realiza atividade de segurança e transporte de valores, tendo inclusive o porte de arma, o que faz com que a exigência não seja, neste caso, discriminatória. Com respeito ao empregado doméstico, a lei 5859/72 estabelece no art. 2º, inciso II o atestado de boa conduta como documento que deverá o empregado apresentar para a admissão. O trabalhador doméstico é aquele que presta serviços à pessoa ou família no âmbito residencial desta, o que torna razoável a exigência legal. Analisando esta matéria, Márcio Túlio Viana entende que a Constitucionalidade destas leis é discutível. “Mas, ainda que assim não se entenda, o simples fato de haver previsão em casos específicos já sinaliza no sentido de que, nos casos gerais, a solução terá de ser diferente.”⁷

Nas demais hipóteses, se não estão presentes os elementos que tornariam legítimo o *discrimen*, ele somente pode ser considerado como contrário ao Direito. Retomando-se o conceito de discriminação, poderíamos dizer que deixar de contratar alguém em razão da existência de antecedentes criminais é uma exclusão fundada neste critério, que tem por objetivo anular a igualdade de oportunidades no emprego ou profissão. Neste caso se estará negando à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a sua situação concreta e, portanto, se estará praticando discriminação. Mais que isto, se estará reproduzindo mecanismos de exclusão social e de conseqüente crescimento da violência e marginalização. Como bem pondera Ronaldo Leite Pedrosa:

“Outrotanto, não há como fechar os olhos à realidade. Qualquer ex-presidiário tem uma dificuldade (senão impossibilidade) de conseguir empregos formais em nosso País. Já agora basta não se obter uma “*folha corrida*”, uma Declaração de Bons Antecedentes, para que a situação acima descrita ocorra. Ou seja, ofende-se o princípio da *dignidade da pessoa humana*.

As anotações da FAC ultrapassam a pessoa do indiciado, alcançando seus parentes próximos. As barreiras sociais vão se avolumando e, ao invés da prometida *recuperação* do condenado, o que lhe damos? Nenhuma chance de se empregar, fazendo com que, não raro, opte pelo retorno à criminalidade, já agora *escolado* pelo aprendizado obtido no cárcere. E é para lá que vamos mandá-lo novamente. E assim vai a roda-viva inexorável...”⁸

Argumentarão alguns que o problema não está na pesquisa destas informações, mas no uso que se faz delas. Do ponto de vista lógico a ilação é irretocável. Contudo, no plano das relações de

⁷ VIANA, Márcio Túlio. Acesso ao Emprego e Atestado de Bons Antecedentes.

⁸ PEDROSA, Ronaldo Leite. Ob. Cit. P. 4

trabalho concretamente consideradas, em sua realidade cotidiana, para que serve tal pesquisa, senão para deixar de contratar? Algum empregador confiaria o posto de trabalho a um candidato que tivesse em sua folha de antecedentes, por exemplo, “consta indicativo criminal, inquérito policial n.º X/..., em .../.../..., na DP tal, de Curitiba / Pr, pela infração penal do art. 129 do CPB.”? Talvez em uma situação ideal, numa sociedade ideal, que não é o nosso caso. Na prática, mesmo sem saber o que significa exatamente o indicado, o empregador confiará o posto de trabalho a outro candidato.

Só mais uma observação merece ser feita neste tópico. E os concursos para Juízes e membros do Ministério Público, também não exigem esta certidão? Por que neste caso isto é possível? Exatamente porque neste caso há um bem jurídico que se sobrepõe ao direito à intimidade, vida privada, à presunção de inocência (da qual falaremos mais adiante), que é o interesse público. Como bem pondera a Procuradora do Trabalho Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes em ação civil pública n.º 06/2002, em trâmite perante a 14ª Vara do Trabalho de Curitiba, os membros do Ministério Público, bem como os do Poder Judiciário são *agentes políticos*. A sociedade, porque atribui a estas pessoas o poder de investigar, acusar, punir e julgar, tem o direito de exigir que os responsáveis tenham uma reputação ilibada. Assim, para estes agentes, em razão da natureza e da responsabilidade do cargo e da prevalência do interesse público, justifica-se a prática. Por outro lado, se a investigação da vida pregressa do candidato a membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público revelar algum fato suspeito, é garantido o direito de defesa, situação muito distinta da praticada pelas empresas privadas, em que o candidato cujo histórico apresenta qualquer registro é liminarmente descartado, sem oportunidade de defesa. Isto quando ele tem ciência da pesquisa e a certidão é pedida diretamente a ele, porque a prática do Ministério Público tem revelado a existência de empresas contratadas para a pesquisa destes dados, sem que o candidato nem mesmo saiba que será realizada.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para servidores públicos, como por exemplo os agentes da Polícia Federal, os integrantes de carreira diplomática, ou outros. Há interesse público envolvido no serviço que o Estado prestará por meio destas pessoas à comunidade. A prevalência do interesse público empresta à exigência da certidão de antecedentes criminais contornos totalmente diversos da exigência pelo empregador particular para proceder à admissão no emprego. A Administração Pública está, ademais, adstrita aos princípios constitucionais da impessoalidade, hierarquia, continuidade, publicidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação e eficiência. Para dar atendimento a tais princípios, precisa submeter seus servidores a concursos públicos para a admissão e neles aferir se o candidato estará em condições de compor a Administração e bem realizar o serviço, que é público.

3- DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO EMPREGADO – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA:

Da forma como as técnicas de gestão do empreendimento estão situadas na atualidade, vislumbra-se uma consideração contraditória da personalidade e vida privada do empregado. Por um lado esta esfera pessoal interessa à empresa, na medida em que tal empregado ou candidato possa ser cooptável pelos interesses da empresa, mais facilmente controlado e seja “flexível”, ou seja, adapte-se com facilidade às diversas necessidades da demanda e da organização do empreendimento⁹. Por outro lado, o empregado como ser com vida psicológica e moral própria, que participa do processo de produção e que traz estes aspectos, dele inseparáveis, para dentro da empresa, interessa apenas como produtor de trabalho do qual não se pode prescindir, ingressando na lógica dos demais fatores materiais, como custo de produção. Ou seja, desta perspectiva, pouco interessa o seu aspecto humano.

Analisemos, pois, da legalidade desta “intromissão” do empregador em aspectos da

⁹ Não pretendemos adentrar às novas formas de organização do trabalho, em especial ao toyotismo, por fugir aos limites desta análise, embora constitua tema interessante e que se insere em quase todos os temas do Direito do Trabalho na atualidade.

personalidade, intimidade e vida privada do empregado, ou candidato a emprego, especialmente no que tange a sua vida pregressa e no objeto que aqui nos interessa, em seus eventuais antecedentes criminais.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito. O art. 5º, inciso X da Constituição Federal assegura a todos, inclusive ao trabalhador, a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem, assegurando a indenização pelo dano moral na hipótese de sua violação. O direito à intimidade e vida privada decorrem do direito à dignidade. No dizer de Alexandre de Moraes:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.¹⁰

A distinção entre o direito à vida privada e à intimidade não é objeto de consenso entre os doutrinadores. Conforme relata a Dra. Alice Monteiro de Barros:

“O direito à intimidade é, portanto, o “direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos.”

Sustentam alguns que o direito à intimidade visa a resguardar a vida privada das pessoas da ingerência alheia, sendo o direito à privacidade uma de suas manifestações.

Outros asseveram que o direito ao respeito à vida privada tem conteúdo mais amplo, e sua natureza não é tão espiritual como ocorre com o direito à intimidade, compreendendo outras manifestações.

Portanto, considera-se como “direito ao respeito à vida privada”, o que “consiste no poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar”. Atribui-se uma dimensão maior ao direito à privacidade, de modo a compreender todas as manifestações da esfera íntima, privada, e da personalidade.

E, finalmente, há ainda os que não estabelecem distinção entre “intimidade” e “vida privada”.¹¹

Em que pese a ausência de consenso quanto aos limites de intimidade/vida privada, é importante ressaltar que compreendem o direito que o cidadão tem de não ver pesquisados e revelados determinados aspectos da personalidade ou determinados fatos de sua vida. Também importa-nos ressaltar que esses direitos configuram direitos fundamentais de personalidade, constituindo “emanações do princípio geral que protege a dignidade pessoal,”¹² conforme já dissemos anteriormente. Como direitos fundamentais de personalidade, são oponíveis *erga omnes*, o que importa dizer que o empregador está obrigado a observá-los no âmbito da relação de trabalho, inclusive no seu nascedouro. “É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. P. 43 - 44

¹¹ BARROS, Alice Monteiro. Proteção à Intimidade do Empregado. P. 29-30.

¹² BARROS, Alice Monteiro. Ob. Cit. P. 27.

direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.”¹³

O direito à intimidade e vida privada do empregado ou candidato a emprego, por constituir direito fundamental inserto no rol das liberdades públicas, representam limites ao poder diretivo do empregador. A dignidade do trabalhador deve ser observada pelo empregador em qualquer circunstância. É certo que o direito à intimidade e vida privada não pode se prestar a acobertar ilicitudes praticadas pelo empregado e que tragam prejuízo à empresa. Não poderia, por exemplo, o empregado de empresa pública objetar ao procedimento administrativo destinado à apuração de ato de improbidade, ou apropriação indébita, o direito à intimidade e vida privada. O mesmo se poderia dizer de investigação do empregador privado para apuração de falta grave cometida pelo empregado e posterior adoção das medidas cabíveis, como a demissão por justa causa e oferecimento da *notitia criminis*. Contudo, na admissão ao emprego, eventual ilicitude praticada pelo candidato, ou a ele apenas imputada, não diz respeito diretamente à atividade a ser desenvolvida no âmbito da empresa contratante. No processo admissional o candidato dificilmente se insurge contra a violação de sua intimidade e vida privada, pois sabe que se o fizer provavelmente não será contratado.

O princípio da não-discriminação deve nortear todo o processo seletivo, constituindo limite à invasão da intimidade do empregado, Não é possível ao empregador buscar informações acerca de orientação sexual, preferência religiosa, opinião política, ou qualquer outro aspecto da vida privada do candidato que não interesse direta e objetivamente ao trabalho a ser prestado pelo obreiro na hipótese de contratação. Com relação à informação acerca dos antecedentes criminais, conforme anteriormente exposto, quase sempre é utilizada de maneira discriminatória, o que impõe o direito à intimidade e vida privada como limite ao poder do empregador.

Note-se, ainda, que muitas vezes a pesquisa é feita por intermédio de empresas contratadas para este efeito, sem que o candidato saiba de sua realização. Neste caso, além de violar a intimidade e a vida privada, também se viola o direito que o empregado tem de controlar as informações a seu respeito. Viola-se o dever de informação, lateral do princípio da boa-fé contratual, conforme veremos mais adiante.

Relembremos, por fim, que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, estabelece o princípio da presunção da inocência, segundo o qual, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Conforme pondera a Procuradora do Trabalho Lisyane Chaves Motta, em inicial de Ação Civil Pública n.º 1302/2001, movida perante a 21ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro – RJ:

“(…) a presunção de inocência é uma toa de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.

Viola as normas constitucionais a exigência de certidão cartorária que ateste a existência ou não de antecedentes criminais de simples trabalhadores, sem que as funções ou tarefas a serem exercidas pelos mesmos pudessem justificar qualquer medida especial de proteção, o que somente se poderia admitir como cabível, apenas para argumentar, em se tratando de interesse público (jamais para a satisfação de interesses privados), como ocorre no caso da admissão de agentes políticos pelo Estado (Procuradores e Magistrados, por exemplo).”

Deixar de contratar o candidato a emprego por constar da folha de antecedentes que contra ele há ou houve inquérito policial, ou ação penal em curso, é atentar contra o princípio da presunção da inocência, pois o mesmo é descartado de imediato, ainda que não seja ao final criminalmente responsabilizado. Segundo Márcio Túlio Viana, “Ora: em matéria penal, todo cidadão é inocente,

¹³ BARROS, Alice Monteiro. Ob. Cit. 32.

até prova em contrário. Desse modo, a não contratação pode ser vista como discriminatória. O próprio empregador prejulga o indiciado ou o réu e condena-o inapelavelmente a uma pena não prevista de modo formal.”¹⁴

4- PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA:

Sandra lia Simón¹⁵, ao tratar dos dados pessoais do empregado relata a experiência alemã ocorrida no início dos anos oitenta, referindo a um princípio que surge pela primeira vez numa decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que é o da autodeterminação informativa.

Por este princípio assegura-se ao cidadão a faculdade de informação, acesso e controle dos dados que lhe dizem respeito, nas suas relações com os outros cidadãos e com o Estado. “O direito à autodeterminação informativa está, portanto, intrinsecamente relacionado com o direito à intimidade e à vida privada e diz respeito ao controle que o indivíduo deve ter sobre todos os dados , registros e informações que lhe digam respeito.”¹⁶ É a forma mais abrangente e efetiva de garantia da privacidade.

Segundo a autora referida o princípio também é aplicável à relação de trabalho. O empregado tem direito a “acessar a informação, conhecendo-a, corrigindo-a ou atualizando-a, assim como de exigir que cesse a sua utilização com outro objetivo ou a sua divulgação. Em suma, no exercício do direito à autodeterminação informativa, uma das materializações do direito à intimidade e vida privada, o empregado deve ter o controle total sobre quaisquer dados atinentes a sua pessoa.”¹⁷

A OIT aprovou em novembro de 1996, através do seu Conselho de Administração, na 267ª reunião de Peritos, um repertório de recomendações práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores. Dentre outros, recomenda-se que os dados pessoais dos empregados ou candidatos a emprego manuseados pela empresa sejam somente os relacionados à relação de emprego; que dados como os antecedentes criminais, a opinião política, idéias religiosas, ou vida sexual não devem ser coletados; que os empregados devem ser informados sobre seus dados e a destinação que a eles dá a empresa.

Demócrito Reinaldo Filho¹⁸ analisa a normativa da Comunidade Européia, ao tratar da proteção das informações do empregado, mencionando que a Diretiva 95/96 trata da proteção dos dados pessoais, além de a Diretiva 96/97 tratar do processamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor de telecomunicações. Não há ainda uma normativa específica para o contexto da relação de trabalho, mas em agosto de 2002 foi lançada uma consulta sobre a proteção de dados pessoais do empregado, para se verificar da necessidade de tutela específica. Concluiu a Comissão Européia pela necessidade de disciplina específica, que deverá orientar-se por algumas proposições genéricas, como por exemplo o princípio da finalidade, ou seja, a pessoa que pesquisa e processa o dado do empregado ou candidato deve especificar o propósito da atividade; o da legitimidade, proporcionalidade, transparência, acuidade e segurança; a compreensão de que a autorização dada pelo empregado ou candidato a emprego não é meio absoluto para dar legitimidade à coleta e

¹⁴ VIANA, Márcio Túlio. Acesso ao Emprego e Atestado de Bons Antecedentes.

¹⁵ SIMÓN, Sandra Lia. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. Referida autora, ao tratar dos antecedentes criminais o faz de maneira sintética, até porque não é este o objeto da análise, entendendo que a exigência deve ser justificada, com um posicionamento mais permissivo que o aqui defendido.

¹⁶ SIMÓN Sandra Lia. Ob. Cit. P. 163-164. Interessante observar aqui que o controle de dados que o Estado tinha na época sobre os cidadãos na Alemanha era maior que o que conhecemos. Por exemplo, era preciso registrar o endereço na polícia ao chegar à cidade, assim como eventuais mudanças precisavam ser comunicadas. Não pesquisamos se esta exigência permanece na atualidade. A reação, contudo, decorreu do receio de cruzamento dos dados obtidos por meio do recenseamento com dados constantes de outros arquivos, o que se entendeu provocaria uma invasão da esfera íntima e privada dos cidadãos.

¹⁷ SIMÓN, Sandra Lia. Ob. Cit. P. 165.

¹⁸ REINALDO FILHO, Demócrito. Proteção das Informações do Empregado.

processamento do dado, em razão da posição de dependência e subordinação em que se encontra; os dados coletados devem ser destinados a fins relevantes e necessários para o trabalho a ser desenvolvido; os dados devem ser utilizados apenas para a finalidade para a qual foram coletados e devem ser coletados de maneira justa, sendo sempre solicitados à pessoa a quem se referem; devem ser processados legalmente, ou seja, não podem ser utilizados para discriminar o empregado ou candidato.

As proposições da Comissão Europeia que devem pautar a diretiva a ser elaborada sobre os dados pessoais do empregado inserem-se dentro da perspectiva do princípio da autodeterminação informativa. Não temos em vigor no Brasil norma em moldes semelhantes às Diretivas da Comunidade Europeia, mas o princípio da autodeterminação informativa pode ser compreendido como inserto no direito à dignidade, intimidade e vida privada, que possuem assento constitucional. E representaria mais um limite ao exercício do poder diretivo do empregador e à possibilidade de coleta de dados para a admissão ao emprego, inclusive no que tange aos antecedentes criminais.

5- DA BOA-FÉ CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:

A contratação de um empregado sempre envolve um risco, que a CLT atribui ao empregador, em seu artigo 2º. Conforme pondera Márcio Túlio Viana, ao tratar dos antecedentes criminais:

“É verdade que a contratação de um trabalhador nessa situação implica algum risco à empresa. Mas esse risco não será maior do que os outros que a empresa corre diariamente, como o de um concorrente baixar os preços, um fornecedor se atrasar na entrega ou um cliente denunciá-la ao Procon.

E este risco é muito mais justificável do que qualquer outro, já que, na outra ponta da linha, há uma pessoa em situação ainda mais perigosa; e não só a Constituição declara a “função social da propriedade, como o novo Código Civil apregoa a “função social do contrato.”¹⁹

O que importa dizer que, além de a CLT prever que o risco do empreendimento é do empregador, a função social do contrato e da propriedade também tornam este risco um ônus do empreendimento. Acerca da função social do contrato, antes mesmo da aprovação do novo Código Civil e quando não se tinha a certeza de que um dia se tornaria lei, Fernando Noronha já dizia que:

"Mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa "fins sociais" e atende "exigências do bem comum", como ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

(...)Todo direito só pode ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social. Como no começo deste século XX, já dizia Josserand, "toda prerrogativa, todo poder jurídico são sociais na sua origem, na sua essência e até na missão que estão destinados a cumprir; como poderia ser diferente, se o direito objetivo tomado no seu conjunto, "a juridicidade" (juridicité), não é outra coisa senão a regra social obrigatória? A parte não poderia ser de natureza diferente do todo..."

O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico,

¹⁹ VIANA, Márcio Túlio. Acesso ao Emprego e Atestado de Bons Antecedentes.

caracterizando abuso do direito, (...).

É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da atual sociedade de massas, se procura proteger, em nome da justiça social, os chamados "mais fracos", como são os trabalhadores (a quem é dedicado todo um capítulo, o 2º do Título II da Constituição de 1988) e os consumidores (a quem pela primeira vez se faz, entre nós, e por duas vezes, referência expressa na Constituição), e, por outro lado, se exige que a autonomia privada (a "livre iniciativa" do texto do art. 170) atenda os "ditames da justiça social."²⁰

Se a propriedade tem função social e assim também o próprio contrato, na redação do artigo 421 do novo Código Civil já em vigor, não se pode compreender possível a sua utilização para discriminar candidatas a emprego e produzir desemprego e exclusão social. Ao tratar dos novos paradigmas do Direito Civil contemporâneo, o Professor Luiz Edson Fachin assevera que:

"Os sujeitos que não são iguais, não devem ser qualificados de modo discriminatório. A qualificação ao nivelamento é uma violência contra aquilo que é diverso. Reconhecer-se o diverso implica reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação. A diversidade passa a ser uma chave apta a abrir a porta de acesso ao estatuto do sujeito de direito subjetivo.

A lei, como produto da cultura e da história, compõe o primeiro plano desse estatuto de acesso. Esta definição está intrinsecamente ligada aos valores que inspiram as regras definidoras dessa entrada no status de sujeito de direito. Os excluídos desses estatutos compõem aquilo que pode ser designado como uma "história periférica": a dos que estão à margem, não raro, os ausentes na voz e na escrita jurídica que se propõem formar pessoas."²¹

Por certo parecerá a qualquer um de nós muito mais confortável a aceitação da diferença, compreendida como diversidade e não como inferioridade, quando estivermos falando de pessoas portadoras de deficiência, de mulheres, de idosos, de afro-descendentes ou indígenas, dentre outros grupos e segmentos socialmente inferiorizados e freqüentemente discriminados, que quando tratamos dos antecedentes criminais. A existência de antecedentes criminais está associada à possibilidade de transgressão das normas pelas quais os cidadãos pautam suas condutas. O simbólico aqui desempenha um papel importante, fazendo com que as pessoas acreditem que podem legitimamente deixar de contratar aquele que em algum momento descumpriu, concreta ou possivelmente, as normas de conduta. Contudo, conforme já tivemos oportunidade de analisar anteriormente, a pesquisa e utilização destes dados freqüentemente se reveste de caráter discriminatório. Estará o empregador, neste caso, deixando de atender à função social da propriedade e do contrato, pela finalidade que tal prática lhes atribui.

Há que se considerar ainda que em qualquer relação obrigacional, inclusive na fase pré-contratual, há deveres de conduta que decorrem da necessidade de agir conforme o princípio da boa-fé. Estes deveres de conduta, que Fernando Noronha qualifica como acessórios ou laterais, são prestações autônomas exigíveis e acessórias da prestação principal. No caso do contrato de trabalho, a obrigação principal do empregado é prestar trabalho e do empregador, remunerar pelo trabalho prestado. Os deveres laterais são deveres que se destinam a assegurar que a pessoa não sofrerá danos por causa da realização da obrigação, ou durante sua realização.

Fernando Noronha aponta como deveres laterais ou acessórios do contrato decorrentes da boa-fé contratual, aplicáveis à responsabilidade pré-contratual:

²⁰ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia provada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. P. 83-85.

²¹ FACHIN; Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. P. 181-182.

"Esses deveres acessórios de conduta, que são os mais importantes neste tema da integração dos contratos através do recurso ao princípio da boa-fé, são usualmente tripartidos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade: por força dos primeiros, preleciona Menezes Cordeiro, as partes, enquanto perdure o fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas e nos seus patrimônios; pelos segundos, de acordo com o mesmo autor, as partes estão obrigadas "a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que da execução contratual possam advir"; quanto aos deveres acessórios de lealdade, estes "obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado."²²

Judith Martins-Costa, também analisa os deveres instrumentais ou laterais, asseverando que:

"Como se pode bem perceber, têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem, como adiante será melhor explicitado, também na fase pré-contratual. Não estão orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, caracterizando-se "por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes."²³

A boa-fé objetiva, segundo a autora supra citada, compreende a boa-fé como regra de conduta, fundada na honestidade, retidão, lealdade e consideração para com os interesses da outra parte. Se ao tempo em que a autora escreveu sua obra não havia ainda expressa previsão do dever de boa-fé no Direito Civil Brasileiro, o mesmo não se pode dizer no presente momento. O art. 422 do novo Código Civil estabelece que: "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*" O dispositivo é plenamente aplicável ao Direito e ao contrato laboral, em virtude do disposto no parágrafo único do art. 8º da CLT. A par de prever expressamente o dever de boa-fé, estatuí sua aplicabilidade à conclusão do contrato, à sua formação.

Ao comentar decisão jurisprudencial, ressalta a autora em comentário que "Importa bem atentar a esta decisão, porquanto aí se perspectiva a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um standard de cunho moral e impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato."²⁴

O que importa dizer que a observância da boa-fé objetiva legitima a propriedade e o contrato pelo uso que deles se faz, atendendo à necessária função social. A boa-fé objetiva, segundo Judith Martins Costa apresenta três funções: a de orientação hermenêutico-integrativa do contrato; a de criar deveres jurídicos; e a de limitar o exercício de direitos subjetivos. Dentre os deveres acessórios criados pela boa-fé objetiva estão os deveres de cuidado; de aviso ou esclarecimento; o dever de informação; o dever de cooperação e colaboração; o dever de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio do outro contratante. Estes deveres acessórios não são gerais e fixos para todos os contratos, mas variáveis e aferíveis em cada caso concreto.

"Como se pode bem perceber, têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual, mas não

²² NORONHA, Fernando. Ob. Cit. P. 162.

²³ MARTINS_COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000. P. 448-449.

²⁴ MARTINS_COSTA, Judith. Ob. Cit. P. 418.

exclusivamente, uma vez incidirem, como adiante será melhor explicitado, também na fase pré-contratual. Não estão orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, caracterizando-se "por uma função auxiliar de realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.

Trata-se, pois, de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança, que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação."²⁵

Como dito anteriormente pela autora citada, a boa-fé objetiva importa limites ou restrição de direitos subjetivos, inclusive na formação do contrato. Pode o empregador contratar quem ele quer? Certamente que sim, desde que a escolha do candidato não esteja fundada em critérios discriminatórios. O contrato, segundo a doutrina civilista mais contemporânea, não está fundado apenas na autonomia da vontade, porque está informado por uma função social. "Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida."²⁶

Durante a fase de formação do contrato as partes estão obrigadas a agir com lealdade e probidade. Buscar a informação acerca da existência de antecedentes criminais de candidato a emprego, sem o conhecimento deste, sem sua autorização, sem que este saiba que esta informação condiciona sua admissão, é pautar-se pela boa-fé? É observar o direito acessório à informação? Entendemos que não e que constitui verdadeira violência aos direitos fundamentais do candidato a emprego a busca desta informação por empresa interposta, sem o seu conhecimento ou autorização. Não se pode entender observado o dever de boa-fé pré-contratual, nestas circunstâncias. A não-contratação deste candidato que possui antecedentes criminais é destituída de causa legítima, já que não se pode tutelar preferencialmente a propriedade, em detrimento ao direito fundamental à intimidade e vida privada.

O candidato a emprego também pode violar o dever lateral de informação decorrente da boa-fé objetiva quando, possuindo mandado de prisão em aberto, o que impediria a formação do vínculo laboral por impossibilidade da prestação do trabalho, deixar de informar este fato ao futuro empregador.

6- ASPECTOS PRÁTICOS DA INFORMAÇÃO: NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E INEFICÁCIA

A par de todos os fundamentos até aqui expostos, do ponto de vista prático, há ausência de confiabilidade da informação obtida dos antecedentes criminais e falta de qualificação necessária a sua compreensão por parte dos responsáveis pelos testes seletivos e processos de admissão.

Conforme já dito anteriormente, da certidão de antecedentes criminais podem constar inquéritos policiais que já tenham sido arquivados, ou ação penal que não tenha resultado em sentença condenatória, ou delito que já esteja alcançado pela prescrição. Se o inquérito não ensejou a ação penal por falta de provas, ou por ausência de definição da autoria, ou o mesmo ocorrendo no processo penal, que importância poderá ter esta informação na aferição da qualificação do candidato?

Por outro lado, como ainda não possuímos um sistema integrado destas informações das Polícias, Judiciário e Institutos de Identificação de todos os Estados, sendo inviável às empresas que vendem esta informação a obtenção de certidões em todos os Estados da Federação, por uma

²⁵ MARTINS_COSTA, Judith. Ob. Cit. P. 448-449

²⁶ MARTINS_COSTA, Judith. Ob. Cit. P. 457.

questão de tempo e de custo, esta informação é, no mínimo, incompleta e pouco confiável. O preço por este serviço teria que ser elevado para que a empresa realizasse uma pesquisa eficiente. Ademais, em alguns casos, como ocorre por exemplo no Instituto de Identificação do Paraná, a certidão somente pode ser concedida a terceiros com procuração do cidadão que tem os antecedentes pesquisados. Ainda, a título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece que as certidões não devem fazer menção aos antecedentes, salvo no caso de requisição judicial, do Ministério Público, ou para fins de concurso público (artigo 291).

Além das restrições normativas estabelecidas à concessão destas informações, há ainda as possíveis falhas no sistema do registro da folha de antecedentes criminais, em que o cidadão embora os possua, da certidão nada conste.

Constando da certidão de antecedentes a informação positiva, resta ainda a ponderar que quem analisa a informação não é, em regra, bacharel em Direito, mas sim psicólogo, administrador, ou outro. Se aos bacharéis em Direito para a graduação são necessários em média quatro anos de estudo de Direito Penal e dois de Processo Penal, não parece razoável esperar-se que alguém que não cursou a faculdade de Direito esteja apto a interpretar corretamente as informações relativas aos antecedentes criminais. Suponhamos, por exemplo, que da certidão conste que foi instaurado inquérito, ou que o cidadão foi até mesmo condenado pelo crime do parágrafo 6º do art. 129 do Código Penal, que trata da lesão corporal culposa. Imaginando-se que haja na empresa um Código Penal, onde o responsável pela seleção de pessoal possa verificar qual crime consta da certidão do candidato, saberá ele, que não possui formação em Direito, o que é lesão corporal culposa? E a distinção entre calúnia, difamação e injúria? E a diferença entre furto e roubo?

As informações constantes da folha de antecedentes criminais são técnicas, devendo ser interpretadas por quem tem qualificação para tanto. No exemplo mencionado, a lesão corporal culposa pode ter por fundamento acidente de trânsito em que houve vítima. Se o indivíduo ia ser contratado para ser gerente de banco, ou operário, que diferença faz a condenação decorrente de acidente de trânsito com pena já cumprida? Todos os que dirigimos não estamos passíveis de nos envolvermos em acidentes de trânsito?

O que se vislumbra na prática é a eliminação automática do candidato que apresente qualquer registro em sua folha de antecedentes criminais, sem que se tenha a preocupação real em saber o que significa o indicativo, inclusive porque o profissional que analisa a informação não está preparado para interpretá-la.

7- CONCLUSÃO

De todo o exposto concluímos pelo caráter discriminatório e ofensivo à dignidade, intimidade, vida privada e, ainda, ofensivo do princípio da presunção da inocência, da pesquisa de antecedentes criminais do candidato a emprego.

O discurso da globalização e do desemprego compelem as pessoas a se sujeitarem a qualquer coisa para terem acesso ao emprego. Sendo a relação de trabalho uma relação de poder e o empregado freqüentemente um ausente de poder nesta relação, como diria a Professora Aldacy Rachid Coutinho em suas aulas, o espaço para manifestar a vontade de proteger seus dados pessoais é, na prática, inexistente. Cientes da pressão que se exerce sobre aquele que busca um emprego, as empresas exigem cada vez mais informações, acreditando que com isto diminuem seus riscos. Comumente faz-se a pesquisa acerca do ajuizamento de reclamatória trabalhista, da inscrição do nome no Serasa, existência de cheques sem fundo ou protestados, vida pessoal e personalidade e existência de antecedentes criminais. O Dr. Márcio Túlio Viana assevera que:

“No campo da relação de emprego, porém, a transparência só funciona numa direção.

Em regra, é só o empregador quem pode devassar as vidas alheias, pois a empresa consegue se proteger contra as indiscrições da Internet, mesmo nos raros casos em que o empregado é usuário da rede.

Além disso, enquanto a empresa pode escolher um empregado entre mil, o empregado só encontra uma empresa, entre mil, que lhe oferece um posto de trabalho. Assim, é ele, e não ela, que está sob sujeição. Na verdade, o poder diretivo é também o poder de dirigir o próprio destino do outro, de tê-lo preso nas mãos.”²⁷

A seleção de pessoal constitui-se então em espaço privilegiado para a efetivação de práticas discriminatórias. Além de provocarem acentuado prejuízo para quem as sofre e para a sociedade como um todo, já que são mecanismos de exclusão social, não asseguram as empresas de riscos.

Na questão da pesquisa dos antecedentes criminais, embora a prática seja tão discriminatória quanto a discriminação em razão do gênero, raça, deficiência, ou outro elemento qualquer, a possibilidade de legitimação pelo senso comum é muito maior. É maior porque estamos todos preocupados com a segurança, com a violência, com o crime organizado. E porque a existência de antecedentes criminais pressupõe ao menos a possibilidade de que aquele cidadão tenha violado uma norma, à qual todos estamos obrigados. Não obstante, configura ilícito trabalhista e precisa ser coibida pelo Direito; precisamos abandonar as práticas discriminatórias que têm ampliado e perpetuado a exclusão de grupos e segmentos do mundo do trabalho.

Referências bibliográficas

AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humano, visão da justiça e discriminação. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. 2 v.

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995. 540p.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

DISCRIMINAÇÃO: em questão de direitos humanos. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, Assessoria Internacional, 2000. 41p.

GOSDAL, Thereza Cristina. Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no Direito do Trabalho. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade Federal do Paraná. Agosto de 2002. 292 p.

²⁷ VIANA, Márcio Túlio. Acesso ao Emprego e Atestado de Bons Antecedentes.

HODGES-AEBERHARD, Jane. Linhas gerais sobre desenvolvimentos recentes em questões de igualdade no emprego para juízes de cortes trabalhistas e assessores. Tradução de: Guilherme Santos Silva. Ministério Público do Trabalho, 1998. 55p.

LORENZ, Lutiana Nacur. A proteção jurídica contra a discriminação no emprego. In: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). Desafios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000. p.93-116.

MARTINS – COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.544 p.

NORONHA, Fernando. O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Folha Penal Perpétua. Texto obtido pela Internet, no site WWW.geraldoprado.com.br/folha.htm, acessado em 26.03.2003. 5p.

REINALDO FILHO, Demócrito. Proteção das Informações do Empregado. Revista Consultor Jurídico, , 7 de março de 2003.

Seminário Nacional Tripartite sobre Promoção de Igualdade no Emprego, Brasília, 1997. Relatório. Brasília, 1997. Convenção n.º 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Tulio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n.º 9.029/1995). In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Acesso ao Emprego e Atestado de Bons Antecedentes. Texto ainda não publicado. 5p.

YOUNG, Iris Marion. La justicia y la política de la diferencia: feminismos. Madrid: Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.), 2000. 457p.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva: o direito do trabalho em busca de uma nova racionalidade. Curitiba, UFPR (Dissertação de mestrado em direito), 2003.