

5. Artigos

5.1. DESPEDIDA ABUSIVA E ANTECEDENTES CRIMINAIS

Rodrigo Trindade de Souza¹

1. Introdução

O presente estudo busca, inicialmente, identificar a recente (re)construção doutrinária da despedida abusiva e seu relacionamento com a teoria geral dos direitos de personalidade e dignidade humana. Em especial, buscará a localização do funcionário com antecedentes criminais como vítima de discriminação e de banalização da denúncia vazia do contrato de trabalho.

Nas inferições que serão levadas a efeito pretende-se analisar os modos pelos quais a discriminação é operacionalizada no curso do contrato de emprego. Em específico, se verificará de que forma o Direito Brasileiro trata a discriminação do funcionário como elemento determinante na terminação de seu vínculo de emprego, propondo-se formas possíveis de coibição da prática.

Em estudo direcionado à situação proposta, serão identificados os elementos dos antecedentes criminais, seus requisitos, objetivos e, por final, a interface com o Direito do Trabalho, direitos fundamentais, teoria da despedida abusiva e dever de boa-fé contratual.

A pretensão do estudo que aqui se desenvolverá não é a de esgotamento das inúmeras questões que envolvem a teoria geral dos direitos fundamentais, da despedida abusiva, e da boa-fé objetiva, mas sim de tecer considerações sobre a forma como tais construções jurídicas podem ser aplicadas em relação ao trabalhador com antecedentes criminais. Pretende-se situar o discurso em ambiente além da dogmática, estabelecendo-se diálogo com a ética, a filosofia e a teoria geral do direito.²

2. Despedida Abusiva

A primeira, e mais importante inferição, é situar os empregados despedidos por ato de discriminação na identificação de DEJOURS como vítimas do sistema econômico e jurídico capitalista, em que se banaliza a despedida injusta³. São, portanto, vítimas "segundo o sistema"; não produzidas por ações em desconformidade com as normas vigentes, mas em consonância com a lei em interpretação assistemática.

Sobre os vitimados pela despedida abusiva recai um juízo de desconformidade com o direito vigente, ainda que isso decorra de uma forma peculiar de desconformidade que, segundo WANDELLI, não corresponde à violação de uma regra específica que vede a despedida⁴. Tem também por suposto, uma pretensão de identificação de legalidade mediante mera subsunção da conduta à quadratura da norma, como resultado de uma interpretação padrão, própria do formalismo juspositivista. No aspecto hermenêutico, reforça-se a importância da superação da regra clássica do sistema lógico dedutivo de subsunção, de modo a se pensar a solução do caso concreto a partir do fato e não da norma⁵.

¹Juiz do Trabalho Substituto do TRT/4, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Brasil.

²A análise sistemática proposta tem por suposta a necessidade interdisciplinar indicada por John P. Dawson, no sentido de que "the early English common law was the classic demonstration, if one were needed, of the disaster that will come to a legal order when its own rules and internal structure come to be viewed as complete and self-sufficient, when it destroys its own capacity to respond to new needs and developing moral values in the society it serves." In The General Clauses, Viwed From A Distance. in **Rabels Zeitsche Jg 41 H. 3**. Tübingen: Privattecht, 1999, p. 441.

³DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 115.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Parte-se, em poucas palavras, da suposição jus-naturalista de injustiça. Permanece válida a separação e integração operada por ARISTÓTELES para o injusto, o qual pode ser identificado como toda a forma de mal:

Distinguimos, pois, dois significados de "injusto", a saber, ilícito e parcial ou não equânime, e os dois significados de "justo", ou seja, lícito e imparcial e imparcial ou equânime. Então, injustiça, no sentido mencionado antes, corresponde a ilícito; mas como o parcial não é o mesmo que o ilícito, mas sim diferente deste, e se relaciona com ele como parte do todo (posto que nem todas as coisas ilícitas são parciais, embora tudo que é parcial seja ilícito), assim, também o injusto e a injustiça no sentido particular não são o mesmo que o injusto e a injustiça no sentido universal, mas diferentes deles, e relacionados com eles como partes do todo; pois injustiça nesse sentido é uma parte da injustiça universal, e, do mesmo modo, a justiça que estamos considerando agora é uma parte da justiça universal. Por conseguinte, temos de discutir justiça e injustiça, e o justo e o injusto no sentido particular.⁶

Nesse aspecto, a despedida abusiva mostra-se como um dos mais efetivos instrumentos de evidência da descartabilidade daquele que vende sua força de trabalho, inserindo-se no processo de produção de vítimas estruturais. O fenômeno é propriamente denominado por WANDELLI como "banalidade do mal", a qual tem como características a atenuação da indignação contra a injustiça, desdramatização do mal e mobilização progressiva de um número crescente de pessoas a serviço de sua execução⁷.

O contraponto que deve se estabelecer é o de identificação do sistema jurídico de regulação das relações de trabalho como tendo o papel maior de construção normativa das condições de cidadania e vida digna do trabalhador. Especificamente, deve-se buscar compreender a categoria dos direitos potestativos – a qual o ato de denúncia vazia do contrato de emprego faz parte – com a estrutura de direitos relativos, boa-fé objetiva, função social do contrato e dignidade da pessoa humana.

Nessa ótica *jusfundamentalizada*, assinala SARLET que o simples fato de uma determinada ação não ser vedada – e portanto não ter sua ação fundamentada pelo Estado – não significa que o Estado deixe de ter responsabilidade por determinadas condutas de um particular em relação a outro⁸. Trata-se de responsabilidade que, no entanto, se limita a um dever de proibir intervenções em bens jurídicos fundamentais, cuja inobservância acarreta uma infração a um dever de proteção.

São as teorias de abuso de direito que expressam uma tentativa da dogmática crítica em superar o formalismo positivista, sem seu completo abandono. Nesse campo, importante inovação ocorreu com a introdução dos artigos 186⁹, 187¹⁰ e 422¹¹ do Código Civil de 2002. A idéia central positivamente introduzida é a de que o exercício de direitos, incluindo-se a liberdade contratual,

⁵ "É bem verdade que a técnica positivista do silogismo de subsunção, por meio do qual se acentua o pensamento axiomático-dedutivo, não mais encontra ampla repercussão entre mentes oxigenadas, servindo, apenas, para convencer, e não para demonstrar. A técnica mais empregada, atualmente, é a da lógica dialética ou a da argumentação, com a qual se faz o constante debate entre a norma aplicável e os valores do caso concreto". NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil vol. 6, n o. 23. São Paulo: Padma, julho/setembro de 2005, p. 59.

⁶ ARISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**. Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: LTr, 2002, p. 14.

⁷ "(...) entende-se por banalização do mal não somente a atenuação da indignação contra a injustiça e o mal, mas além disso, o processo que, por um lado, desdramatiza o mal (quando este jamais deveria ser desdramatizado) e, por outro, mobiliza progressivamente um número crescente de pessoas a serviço da execução do mal, fazendo delas 'colaboradores'". WANDELLI, *Op. Cit.* p. 94.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136/137.

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, com em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

deve estar permanentemente ligada à integração do sistema normativo, da qual o ideal de boa-fé sempre faz parte.

Afirma VENOSA que a compreensão inicial de abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana¹². Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da equidade. Por isso, é correta a observação de NORONHA, no sentido de que se bem atentarmos aos atos geralmente apontados como de abuso de direito, veremos como em todos está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé¹³.

Ocorre, portanto, o abuso de direito quando há o descumprimento de um dever não especificamente decorrente de uma norma positivada e que contraria sua finalidade. Os fundamentos da boa-fé objetiva e da justiça social acrescentam novas possibilidades de interpretação do ato jurídico, direcionando-se o contrato ao atendimento da dignidade da pessoa humana como valor maior e objetivo da república brasileira (artigo 1º, III, da CRFB/88).

3. Direitos Fundamentais: Vedação à Discriminação e à Violação da Intimidade

Os Direitos fundamentais caracterizam-se pela universalidade e fundamentalidade. Segundo definição de Ferrajoli, "*son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*"¹⁴.

Há compreensão majoritária na doutrina e particularmente advogada no Brasil por SARLET¹⁵, acerca da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, aplicando o instituto a toda a ordem pública. Os direitos a não-discriminação e à privacidade, como direitos fundamentais, implicam a necessidade de se proteger os particulares, não apenas contra atos atentatórios praticados pelo Estado, mas também contra os demais indivíduos e entidades privadas. No mesmo sentido tem se dirigido a doutrina portuguesa:

O princípio da igualdade formal e correlativas proibições em função da raça, sexo, condição social, etc., será imediatamente vinculante nas relações entre privados sempre que, nas relações entre estes estabelecidas, quer sejam relações paritárias, quer relações de poder (de facto ou de direito), a liberdade individual entra em conflito com a dignidade humana, incompatível com inadmissíveis formas de tratamento social discriminatório¹⁶. O direito à intimidade insere-se como direito fundamental, na medida em que se trata de prerrogativa essencial, pessoal, extrapatrimonial, inalienável e imprescritível. É direito que tem cada cidadão de preservar o que lhe é mais próprio, de apenas dividir com os outros o que bem entender.

Novo paradigma erigiu-se a partir da CRFB/88, passando a ordem jurídica a se estruturar a partir da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Não são poucas as normas constitucionais com o objetivo de coibir a discriminação e as ofensas à intimidade. Já o art. 1º, III da CRFB/88 projeta a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem social, numa sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outro meio de discriminação (art. 3º, IV). O art. 5º, *caput*, positiva a máxima aristotélica da justiça distributiva, elencando em 77 incisos direitos e deveres individuais e coletivos.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 620/621.

¹³ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 291.

¹⁵ SARLET, *Op. Cit.*, p.117-119.

¹⁶ DAMAS, Joaquim Augusto. **O Princípio da Igualdade na Relação Jurídica de Trabalho**. Salvador: Revista Jurídica do Trabalho, abril/junho de 1988, p. 108.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

De maneira geral, a Lei Fundamental agasalha a perspectiva de proteção aos direitos fundamentais, também na esfera do trabalho. No magistério de GEDIEL, a Constituição eleva ao patamar de direitos fundamentais os direitos da personalidade e os direitos sociais dos trabalhadores, delineando, emblematicamente, a um só tempo, a indissociabilidade das dimensões do humano vivendo em sociedade: o cidadão livre do espaço público e o trabalhador juridicamente subordinado no espaço privado¹⁷.

A Constituição não apenas reconhece a existência da dignidade da pessoa humana, mas transforma-a em valor supremo da ordem jurídica. No campo do trabalho, enfatiza DINAURA PIMENTEL GOMES que, por efeito, não se pode dar mais atenção aos interesses da economia que condicionam e engessam a atuação governamental, e “deixar o trabalhador vagar solitário no meio das leis do mercado”¹⁸.

O reconhecimento da eficácia dos valores constitucionais no direito privado é adequação metodológica que deve ser operada como forma de fazer valer a principiologia da dignidade humana, encartada no mais importante instrumento jurídico da nação, a Constituição. É por isso que MARIA CELINA BODIN DE MORAES acentua que toda a norma ou cláusula negocial deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional, por mais insignificante que pareça¹⁹. Ocorre, segundo a autora, que a regulamentação do cotidiano da atividade privada deve exprimir as opções da Constituição. O próprio Direito Obrigacional – de que o Direito do Trabalho faz parte – modifica-se na direção da regulamentação da vida social, da família, nas associações, nas fábricas, onde a personalidade humana possa se desenvolver de forma digna.

A atuação que deve ter o intérprete, segundo NALIN, é de primeiro indagar se o contrato celebrado resguarda os valores existenciais tutelados na Constituição. Somente após e que será avaliada sua eficácia patrimonialista²⁰. Prossegue, concebendo como subversiva à ordem constitucional não interpretar constitucionalmente as relações contratuais que deixam de reconhecer no homem o centro axiológico da relação jurídica. A regra estabelecida é de que, independentemente da localização do contrato, a relação de crédito sempre estará nucleada no seu titular e não no crédito: sem ignorar a função econômica do contrato, antes de averiguar a realização de sua causa econômica, deverá ser indagado se tal relação levou em conta a dignidade dos contratantes²¹.

De se lembrar, ainda, que a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (introduzida no Direito Brasileiro em 19.01.1968) consagra o Princípio da Não-Discriminação no ambiente de trabalho. De forma positiva, o Estado Brasileiro reconhece o primado do Direito Laboral de rejeitar toda forma de tratamento não-isonômico de trabalhadores²².

As questões relativas à discriminação de empregados, como atentados a direitos fundamentais, têm recebido tamanha importância que vem se desenvolvendo doutrina acerca da universalidade da jurisdição em tais temas. Nesse sentido, advoga ZIMMERMAN sobre a perspectiva do Direito norte-americano:

Un Estado tiene jurisdicción para aplicar su legislación com el fin de castigar ciertos delitos considerados de trascendencia universal por la comunidad de naciones, como por ejemplo, la piratería universal por la comunidad de naciones, como por ejemplo, la piratería, el tráfico de esclavos, el secuestro de aeronaves, el

¹⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. **A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade Pelo Trabalhador**. In SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.7.

¹⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica. Problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p. 95.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil n° 65, p. 27-28.

²⁰ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: 2001, Juruá, 1ª edição, 4ª tiragem, p. 36.

²¹ NALIN, *Op. Cit.*, p. 248-249.

²² O art. 1º da Convenção nº 111 da OIT conceitua discriminação como qualquer “... distinção, exclusão, ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião pública, 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.”

genocidio, los crímenes de war y el terrorismo. Se puede argumentar también que compete a los Estados Unidos prescribir normas extraterritoriales em materia de empleo, **puesto que las normas del trabajo fundamentales, y ente ellas la prohibición de la discriminación en materia de empleo, son de incumbencia universal**, como se establece em los convenios de la OIT y las declaraciones de las Naciones Unidas.²³ (grifei)

A legislação infraconstitucional brasileira, ainda que de forma tímida, tem acompanhado a tendência internacional de vedação de despedida discriminatória. O diploma mais importante é a Lei nº 9.029/95, a qual, além de regulamentar o expresso na Constituição acerca da isonomia, também disciplinou o que está implícito,²⁴ estabelecendo sanções de natureza penal, civil, administrativa e trabalhista. Veda-se a discriminação tanto nas admissões, como na manutenção do contrato de emprego.

É entendimento corrente que os fatores de discriminação contemplados na lei são meramente exemplificativos. A doutrina costuma enumerar como circunstâncias que indicam prática discriminatória as características do empregado como raça, credo, idade, sexo, opção sexual, situação de saúde, pensamento político e engajamento sindical.

Compreende-se que também a situação do funcionário possuir antecedentes criminais pode atuar como fator de discriminação e que, de forma comum, leva a sua despedida. É o que se pretende expor nos itens que se seguem.

4. Boa-Fé Objetiva: Deveres Anexos de Informação e de Preservação da Intimidade

A partir do Código Civil de 2002²⁵, introduziu-se de, forma legal-positiva, o instituto da boa-fé como elemento hermenêutico-integrativo, de criação de deveres jurídicos e limitação de exercício de direitos subjetivos nos contratos.

A boa-fé objetiva²⁶ apresenta-se como um padrão objetivo de comportamento e, ao mesmo tempo, um critério normativo de sua valoração, de modo que as partes, ainda que não expressamente acordado, devem manter um comportamento de mútuo auxílio. Em todas as fases contratuais – seja nas tratativas preliminares, na celebração, na execução, como no momento pós-contratual – devem as partes agir com lealdade, honestidade e confiança. A boa-fé objetiva, por sua amplitude passa a atuar como elemento que substitui o ato volitivo na vinculação do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva tem por interesse completar o regulamento da convenção, estabelecendo regras suplementares para integrar o negócio jurídico. Tais obrigações acessórias são as que obrigam a um comportamento ético, leal e que seja direcionado ao esperado cumprimento das obrigações. Pela boa-fé objetiva, cumpre às partes a observância de uma conduta que não é expressa pelos pactuantes, mas esperada socialmente. Em paralelo, também outorga ao julgador a obrigação de integração da conduta esperada no caso concreto a partir de critérios encontrados no sistema jurídico, mas que na maioria das vezes também não está individualizado na lei.

A obrigação principal do empregado é a prestação de trabalho, enquanto que a do empregador é a de remunerar. Seguindo-se as lições de JUDITH MARTINS COSTA, o Princípio da Boa-Fé faz com que surjam deveres anexos derivados, ou mesmo independentes das obrigações principais²⁷. O contrato de emprego apenas pode se desenvolver de forma saudável a partir da confiança entre as

²³ **Alcances extraterritoriales de las leyes sobre normas equitativas de trabajo de los Estado Unidos: ¿ Protección loable o injerencia inaceptable?** Geneve, Suisse: Revista Internacional del Trabajo, v. 111, n. 3, julho/setembro de 1992, p. 379.

²⁴ A observação é de Márcio Túlio Viana: **Proteção Contra Atos Discriminatórios. in O Que Há de Novo em Direito do Trabalho**. Coordenadores Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 1997, p. 98.

²⁵ Art. 422 do Código Civil Brasileiro. Na doutrina nacional, pode-se identificar o conceito e aplicação da boa-fé objetiva como introduzida na obra de Clóvis do Couto e Silva **A Obrigação Como Processo**. No campo jurídico legal, a *première* ocorreu no Código de Defesa do Consumidor de 1990, apesar do Código Comercial de 1850 aludir no art. 131 à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos.

²⁶ Delimita-se conceitualmente a boa-fé objetiva, em apertadíssima síntese, como norma externa de exigência de comportamento de confiança e cooperação. Diferencia-se da "boa fé subjetiva", a qual é tida como o estado de espírito desprovido de malícia do indivíduo.

²⁷ MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. **A Boa Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000, p. 418.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

partes acerca do respeito aos limites de subordinação para dentro do contrato²⁸. Concebe-se a relação obrigacional não mais como um vínculo de antagonismo entre os participantes²⁹, mas como liame gerador de cooperação, tendo em vista a finalidade de sua constituição, o adimplemento.

Todavia, no que diz respeito ao dever de informar, lembra VERA FRADERA³⁰, que não foi desenvolvida uma doutrina dos contratos em geral, constituindo o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro texto legal a consagrar tal desdobramento da boa-fé objetiva. Não obstante a lacuna, tem a doutrina e algumas decisões dos Tribunais Pátrios compreendido sua admissibilidade e exigibilidade³¹.

O dever de informar é considerado dever anexo do contrato e sua exigibilidade e incidência sobre a relação jurídica contratual é identificada pela incidência do princípio da boa-fé objetiva. Segundo MENEZES CORDEIRO, os "deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato"³².

Quais, contudo, são as informações a serem prestadas pelo empregado, que devem ser consideradas como admissíveis e adequadas? Até onde vai o direito do empregador de pesquisar a vida de seu funcionário, no curso do contrato? Sustentam JACQUES CLESSE e VÉRONIQUE BERTRAND, citados por BARACAT³³, que o trabalhador tem a obrigação de informar à empresa que cumpriu pena de reclusão ou detenção.

Pensamos o contrário. Invertendo-se a lógica liberal dos séculos passados, o prisma de análise das relações jurídicas da atualidade deve ser o da dignidade da pessoa humana e preservação de sua intimidade³⁴. Mesmo o trabalho subordinado e a propriedade privada, sustentáculos do sistema capitalista, devem se curvar a tais postulados ético-normativos.

No tocante aos antecedentes criminais, é perfeitamente lógico que o empregador tenha interesse nesta informação, partindo-se da concepção de que poderá haver reincidência dos atos delituosos no ambiente de trabalho. Mas como apropriadamente observa BARACAT não há de se negar, todavia, o preconceito existente em relação àqueles que foram condenados por crimes. A dificuldade de reinserção social destas pessoas demonstra esse fato³⁵.

5. Antecedentes Criminais

Os registros criminais, no magistério de RONALDO LEITE PEDROSA, tem objetivo instrumental ao processo criminal³⁶. Destinam-se a que sejam decretadas prisões preventivas (artigo 312 do CPP); para que sejam negadas liberdades (artigo 323, III do CPP); revogação da suspensão condicional da pena (art. 709, § 2º, do CPP); fixação da pena (art. 59 do CP). Na forma do disposto

²⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 254.

²⁹ No mesmo sentido, Diesse, pelo qual "*Déroutante, cette façon d'appréhender le contrat avait fini par faire croire, au détriment de la coopération, que le contrat est fondamentalement conflictuel, qu'il réalise la rencontre de deux égoïsmes rivaux. Cette affirmation est assurément exagérée. Elle est certainement fondée sur une analyse des intérêts des parties considérés en dehors du contrat, parce que ces intérêts sont sans doute saisis avant la formation du contrat, et donc avant leur fédération ou leur transformatio par l'accor de volontés des parties, ou sur une regrettable confusion entre le besoin de chacune des parties et le moyen de le satisfaire.*" (DIESSSE, François. **Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat**. in Arch. Phil. Droit n. 43, 1999, p. 260)

³⁰ A Interpretação da Proibição de Publicidade Enganosa ou Abusiva À Luz do Princípio da Boa Fé: O dever de Informar no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor n.º 4, 1995, p. 173.

³¹ Segue-se a idéia de FRANÇOIS DIESSSE o qual, após verificar situações de exigência do dever de cooperação em relações de emprego, conclui que "*Évidemment, le devoir de coopération utilisé dans un but de régulation des relations contractuelles s'applique dans des situations les plus variées*" Op. Cit., p. 288.

³² Apud BARACAT, Eduardo Milleo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 232.

³³ BARACAT, Op. Cit., p. 233.

³⁴ O que Fachin passou a denominar de "a virada de Copérnico". Passa o intérprete das relações contratuais a se valer dos princípios constitucionais como norte interpretativo. Privilegia-se as normas constitucionais para reunificação do sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondendo a lógicas setoriais nem sempre coerentes. (FACHIN, Luiz Edson (autor e organizador). **Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo** in **Diálogos Sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.)

³⁵ BARACAT, Op. Cit., p. 233.

³⁶ Folha Penal Perpétua, apud **Antecedentes Criminais e Discriminação no Trabalho**. GOSDAL, Thereza Cristina.

nos artigos 64, I, do Código Penal³⁷, 748 do Código de Processo Penal³⁸ e 202 da Lei de Execuções Penais³⁹, transcorrido o período de 5 anos, nem mesmo o Estado, ao realizar a acusação criminal, poderá utilizar-se da circunstância de existência dos antecedentes. É expressamente vedado que se faça constar qualquer certidão após a reabilitação e que tais informações são sempre sigilosas.

Como Nação que se compromete na luta pela defesa dos direitos humanos, o Brasil não admite penas eternas. Ao encerrar a pretensão punitiva do Estado – seja pelo cumprimento da pena ou pela prescrição – não deve mais haver punições ao condenado: sua dívida com a sociedade foi paga.

Lamentavelmente, o egresso do sistema penitenciário continua sofrendo toda a sorte de discriminação pelo coletividade e, em especial, do empregador. Verifica-se ampla prática de pesquisa por parte do empregador acerca de antecedentes criminais de seu funcionário. Os motivos parecem estar ligados à cultura do medo⁴⁰, tão presente em outras sociedades e que vem se transferindo à brasileira. Agrava-se pelo desenvolvimento do crime organizado e banalização de todas as formas de violência. Como expressão do medo e da compulsão pela proteção, coloca-se não apenas as necessidades de muros, grades e alarmes, mas também que os funcionários não possuam antecedentes criminais, que tenham uma “ficha limpa”.

Lembra FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO⁴¹ que deve ser considerado o total descaso com que são tratadas questões como a segurança pública e a política carcerária em nosso País, embora tenham se prestado a muitos discursos demagógicos nos últimos tempos, principalmente nas vésperas de eleições. A verdade é que o ex-presidiário sofre todo tipo de seqüelas em face de sua condenação. Os presídios não têm nenhuma infra-estrutura, e raríssimos são aqueles que oferecem algum tipo de ocupação para os apenados.

Não há dúvidas de que a prática de tais empregadores é ilícita. Se há expressa limitação pelo Poder Público do acesso a informações de antecedentes e há vedação constitucional de qualquer forma de discriminação e interesse da eliminação da exclusão social, não se pode compreender como juridicamente válida a investigação da vida pregressa para efeito de seleção de funcionário. O efeito é a eternização da falta do empregado; como se, para sempre, levasse marca corporal que o impedisse de exercer seus direitos de cidadania. Ao imortalizar a pena do reclamante, rejeitando a prescrição e a extinção da punibilidade, o empregador frustra o objetivo dos institutos, impedindo a realização da paz social.

Por esses motivos, a hipótese de pesquisa de antecedentes do candidato a emprego vem sendo reconhecida pela doutrina e tribunais pátrios como discriminatória. Assim conclui THEREZA CRISTINA GOSDAL:

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.⁴²

A mesma compreensão vem sendo tomada por órgãos internacionais. A Organização Internacional do Trabalho aprovou recomendação de seu Conselho de Administração⁴³, pela qual os dados pessoais dos empregados ou candidatos a emprego manuseados pela empresa somente

³⁷ Art. 64, I, do CP. “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 a revogação.

³⁸ Art. 748 do CPP. “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.

³⁹ Art. 202 da LEP. “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.”

⁴⁰ “Cultura do Medo” é expressão cunhada e desenvolvida pelo produtor e diretor Michael Moore no documentário de cinema Tiros em Columbine (*Bowling Columbine*).

⁴¹ ARAÚJO, *Op. Cit.*, p. 245/246.

⁴² Gosdal, *Op. Cit.*

⁴³ 267ª Reunião de Peritos da Organização Internacional do Trabalho, ocorrida em 1996.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

poderão ser relacionados ao contrato de emprego, de modo que dados como os antecedentes criminais, a opinião política, entre outros, não devem ser coletados; deverão, ainda, os empregados ser informados sobre os dados e a destinação que a eles dá a empresa.

Entende-se que também no curso do contrato de emprego, a pesquisa de antecedentes, e conseqüente despedida do funcionário, é situação contrária ao Direito, por ser intrinsecamente discriminatória e ofensiva à garantia da intimidade.

O direito de obtenção de informação, portanto, deve ficar limitado a conteúdos, não apenas relativos ao objeto da obrigação principal de trabalho (experiência, habilidades, formação), mas que também não violem direitos básicos de privacidade do cidadão-empregado. Como dever anexo derivado da boa-fé insere-se na conduta do empregador, exigida ao longo do contrato, o comprometimento de não invasão na esfera privada de seu funcionário, vasculhando eventuais antecedentes criminais.

A incursão do empregado em prática delituosa pode não ter qualquer relação com o trabalho a ser prestado; não é lícita qualquer inferição de que o funcionário venha a causar distúrbios e/ou prejuízos à empresa, apenas porque possui antecedentes criminais⁴⁴. Eventuais falhas do empregado, caso juridicamente relevantes, pelo Estado serão punidas na forma adequada, e apenas pelo Estado. De se ter claro que a presunção de inocência é instituto constitucionalmente tutelado (artigo 5º, LVIII), pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não pode servir o inquérito criminal à relativização do valor ético de cada pessoa e ao pré-julgamento extra-formal.

Tratando-se o direito à privacidade como categoria dos direitos da personalidade, é oponível *erga omnes*. Se está o empregador obrigado a observá-lo no momento anterior à contratação, não há motivos para que não permaneça o dever durante a execução do contrato.

Independentemente do liame de subordinação que passa a existir entre as partes, mantém o empregado o direito de não serem pesquisados e revelados determinados aspectos de sua personalidade e de sua vida. Não se está a afirmar que o direito à intimidade deve servir para acobertar ilicitudes, mas que a intimidade e dignidade do indivíduo trabalhador deve ser observada pelo empregador em qualquer circunstância. Por ter caráter público, representa autêntico limite aos poderes diretivo e punitivo representativos da relação de subordinação.

6. Conclusões

A par do exposto, tem-se que em época atual de contínua exploração do trabalho humano, com intensa volatilidade do capital e do emprego, a preocupação com a identificação de práticas discriminatórias e inibição de despedias abusivas deve constituir um dos principais objetivos do Direito do Trabalho. A necessidade é de inserção de lastro ético-moral no conteúdo da potestatividade do direito de denúncia vazia do contrato de emprego. Recentes construções doutrinárias e reavivamento de antigos princípios têm fornecido considerável lastro para o reconhecimento da abusividade de despedidas discriminatórias.

Conclui-se pela identificação da pesquisa de antecedentes criminais de empregado como prática abusiva, porquanto agride diretos fundamentais do cidadão trabalhador: sua dignidade e intimidade, além de violar os deveres gerais de boa-fé presentes no contrato de emprego. Além disso, tem-se que a prática é ofensiva às garantias de presunção de inocência e da vedação de penas eternas e cruéis. A dispensa de empregado motivada apenas pelo fato de possuir antecedentes é caracterizada como abusiva e, portanto, contrária ao Direito.

Compartilha-se a conclusão de THEREZA CRISTINA GOSDAL no sentido de que a pesquisa de antecedentes criminais, embora seja prática tão discriminatória quanto a discriminação em razão do gênero, raça deficiência ou outro elemento qualquer, a possibilidade de legitimação pelo senso comum é muito maior⁴⁵. É maior porque estamos todos preocupados com a segurança, com a

⁴⁴ O art. 482 da CLT relaciona como um dos motivos para a justa causa, "a condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena." Tem entendido a doutrina que só servem como justas causas as condenações criminais que impedem a continuidade física da prestação do trabalho. Nesse sentido, os comentadores da CLT, RUSSOMANO, SAAD, PINTO MARTINS E CARRION.

⁴⁵ GOSDAL, *Op. Cit.*, p. 814.

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.

Entende-se que todos os esforços devem ser voltados, em primeiro lugar, para a preservação do emprego. Não há dúvidas que manter o trabalhador com antecedentes criminais no posto de trabalho é mais fácil do que tentar reinseri-lo no mercado de trabalho, quando a discriminação é mais intensa e de difícil descoberta. Todavia, a identificação da dispensa nessas condições deve ter como único efeito a caracterização como inválida, cabendo a reintegração e eventual indenização.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: LTr, 2002.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2007.

DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. **O Princípio da Igualdade na Relação Jurídica de Trabalho**. Salvador: Revista Jurídica do Trabalho, abril/junho de 1988.

DAWSON, John P. **"The General Clauses, Viewed From A Distance"** in *Rabels Zeitsche Jg 41 H. 3*. Tübingen: Privattecht, 1999.

DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

DIESSE, François. **Le Devoir de Coopération Comme Principe Directeur du Contrat** in *Arch. Phil. Droit* n. 43, 1999.

FACHIN, Luiz Edson (autor e organizador). **"Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo"** in *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O dever de Informar do Fabricante**. Revista RT nº 656, junho de 1990.

_____. **A Interpretação da Proibição de Publicidade Enganosa ou Abusiva À Luz do Princípio da Boa Fé: O Dever de Informar no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.º 4, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. **A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade Pelo Trabalhador**. In SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Inédito.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica. Problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Antecedentes Criminais e Discriminação no Trabalho**. Revista LTr – Legislação do Trabalho, v. 67, n. 7, jul/2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MALLET, Estevão. **Discriminação e Processo do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 65, n.1, outubro/dezembro de 1999, p. 148-159.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A Boa Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil n.º 65.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: 2001, Juruá, 1ª edição, 4ª tiragem.

_____. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil vol. 6, n.º 23. São Paulo: Padma, julho/setembro de 2005.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**, in *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. **"Proteção Contra Atos Discriminatórios"** in **O Que Há de Novo em Direito do Trabalho**. Coordenadores Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 1997.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva: o direito do trabalho em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2003.

ZIMMERMAN, James M. **Alcances extraterritoriales de las leyes sobre normas equitativas de trabajo de los Estado Unidos: ¿Protección loable o injerencia inaceptable?**. Geneve, Suisse: Revista Internacional del Trabajo, v. 111, n. 3, julho/setembro de 1992, p. 369-384.