

Élisson Miessa
Henrique Correia

TST e STF em Tempo Real - Teses Vinculantes com Atualização Permanente

TESE VINCULANTE Nº 01 - CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO E EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

JUS**Aulas** 

1. Contratação do empregado: exigência de certidão negativa de antecedentes criminais (Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº 01 do TST).

Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº 01 do TST

1ª) Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido;

2ª) A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas;

3ª) A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas supra, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido;

Em março de 2015, foi acolhido incidente de recurso de revista repetitivo nos processos RR-243000-58.2013.5.13.0023 e RR-184400-89.2013.5.13.0008, submetidos à SDI-I. A questão a ser definida era se **a exigência de certidão de antecedentes criminais por parte do empregador configuraria ou não dano moral ao candidato ao emprego.**

A tese vinculante firmada possui três itens, os quais tratam de duas situações distintas. Por essa razão, o comentário será dividido em dois subtópicos.

1.1. Exigência injustificada e o dano moral *in re ipsa*.

No julgamento, o Tribunal firmou o entendimento de que a exigência injustificada, quando configurar tratamento discriminatório ou não se apoiar em lei, na natureza do ofício ou no grau especial de fidúcia da função, gera dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente da contratação do trabalhador.

Dano moral é a lesão a direitos da personalidade¹, ou seja, a direitos extrapatrimoniais como violação da honra, intimidade, privacidade e outros direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

¹. MELO, Raimundo Simão. *Ações acidentárias na Justiça do Trabalho: Teoria e Prática*. São Paulo, LTr, 2011.

O art. 186 do Código Civil estabelece que todo aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito de outrem, causando-lhe dano, comete ato ilícito e deve reparação.

Diferente do dano material, que pode ser provado com recibos e documentos, o dano moral tem natureza imaterial. Isso significa que não pode ser tocado ou quantificado diretamente. Para que haja indenização, o ofendido deve demonstrar os pressupostos para a responsabilidade subjetiva, ou seja:

- a) ação ou omissão do empregador;
- b) culpa ou dolo;
- c) nexó de causalidade entre a conduta e o dano;
- d) ocorrência de um prejuízo efetivo.

No entanto, há situações em que o dano moral é presumido, dispensando prova do sofrimento do empregado. É o chamado dano moral *in re ipsa*.

A expressão *in re ipsa*, de origem latina, significa “pela própria coisa”. Quando aplicada ao dano moral, indica que o prejuízo decorre automaticamente dos fatos comprovados, sem necessidade de demonstração do abalo emocional. Nessas hipóteses, basta que se prove o ato ilícito do empregador, pois o impacto na honra do empregado é considerado presumido.

No contexto da tese em comento, a exigência da certidão, quando não justificada pela lei, pela natureza do ofício ou pelo grau especial de confiança da função, já é suficiente para gerar o dano. O simples ato de impor ao candidato a apresentação do documento, em situação em que não há fundamento legítimo, representa constrangimento e invasão de sua esfera privada. Mesmo que o candidato venha a ser contratado, ou que não haja publicidade da exigência, a violação ao direito fundamental à privacidade já está consumada no momento da solicitação indevida.

1.2. Exigência amparada por lei, pela natureza do ofício ou pela fidúcia especial

Por outro lado, se existir previsão legal, se assim demandar a natureza do ofício ou o grau especial de fidúcia, é possível que o empregador exija a Certidão de Antecedentes Criminais. Em caráter exemplificativo, o Tribunal elencou exemplos de profissões que permite a Certidão de Antecedentes pelo empregador:

1. Empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins);

2. Motoristas rodoviários de carga;
3. Empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes,
4. Bancários e afins;
5. Trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas,
6. Trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

Ressalta-se que não há impedimento para que outras profissões também possam permitir a exigência de certidão de Antecedentes Criminais, pois a lista apresentada é apenas exemplificativa. Nesse sentido, entendemos que, por exemplo, os trabalhadores de transporte de valores, em razão da fidúcia especial inerente ao trabalho, também podem ser submetidos à apresentação dos antecedentes.

Note-se, portanto, que o empregador deve agir com cautela na exigência da certidão com o argumento de a natureza do ofício ou o grau de fidúcia da relação assim exigirem. O Tribunal estabeleceu diversos exemplos que servirão de baliza para a determinação quanto ao procedimento da empresa no momento da admissão do empregado.

Entretanto, é importante mencionar que o Tribunal rejeitou duas teses apresentadas pelo relator. A primeira delas determinava que o empregador somente poderia exigir a certidão de antecedentes na ocupação ou serviço que houvesse potencial para se degenerar em conduta tipificada como ilícito penal. A segunda tese rejeitada sustentava que seria ilícita a discriminação do candidato a emprego em que a prestação de trabalho não daria margem razoável para a prática de delito pelo qual responde a processo-crime ou foi apenado²:

Teses rejeitadas pelo TST:

IV) Ao ponderar o direito de acesso à informação, exercido pelo empregador em proveito de todos que interagem no ambiente de trabalho, com o direito à privacidade e ao esquecimento, assenta-se que somente ocupação ou serviço com potencial para se degenerar em conduta tipificada como ilícito penal autoriza a exigência de certidão de antecedentes criminais ou sua utilização para preterir-se candidato a emprego;

V) Sob as luzes do princípio da isonomia, é ilícita, gerando dano extrapatrimonial, a discriminação, em concreto, do candidato a emprego em que a prestação de trabalho não se possa razoavelmente degenerar em conduta descrita no tipo penal pelo qual responde a processo-crime ou foi apenado

². Conforme registrado no acórdão do processo paradigma IRR-243000-58.2013.5.13.0023.

Por fim, ressalta-se que o posicionamento doutrinário majoritário era contra a possibilidade de exigência dessa documentação. Nesse sentido, segundo Vólia Bomfim³, o empregador não poderia exigir antecedente criminal dos empregados na admissão, uma vez que o ato consiste em violação à vida privada do trabalhador e consiste numa forma de discriminação na contratação.

³. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 919.