

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NA RECUSA DA EFETIVAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO APÓS O EXAME MÉDICO ADMISSIONAL

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE PER IL RIFIUTO A REALIZZARE IL CONTRATO DI LAVORO DOPO LE VISITE MEDICHE PRE-ASSUNZIONE

*Raquel Betty de Castro Pimenta**

RESUMO:

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil pré-contratual do empregador pela recusa à contratação, em situações em que o candidato ao emprego já se encontra em fase avançada do processo de seleção e possui justa expectativa na efetivação da contratação, após a realização de exames médicos admissionais. Preservando o princípio da boa fé contratual, nos casos em que o trabalhador já criou a legítima expectativa na efetivação do contrato de trabalho, o futuro empregador não pode simplesmente recusar, sem justificativa plausível, a contratação, tornando possível sua responsabilização pelos danos causados pela frustração da expectativa. Quando evidenciado que essa recusa foi motivada por razões discriminatórias, com maior razão será devida indenização pelos danos morais advindos da atitude empresarial, além do ressarcimento dos danos materiais sofridos pelo trabalhador.

Palavras-chave: Contrato de trabalho; responsabilidade pré-contratual; exames médicos admissionais.

SINTESI:

Il presente lavoro analizza la responsabilità precontrattuale del datore di lavoro per il rifiuto a contrarre in situazioni in cui il candidato al posto di lavoro si trovi già in una fase avanzata del processo selettivo e posseda una legittima aspettativa alla stipula del contratto, dopo aver effettuato le visite mediche pre-assunzione. Considerato il principio della buona fede contrattuale, nei casi in cui il lavoratore abbia una legittima aspettativa alla contrattazione, il futuro datore di lavoro non può semplicemente rifiutare la contrattazione senza alcuna plausibile giustificazione, incorrendo altrimenti in responsabilità per danni causati dalla

* Doutoranda na Università degli Studi di Roma Tor Vergata em cotutela internacional com a Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito do Trabalho Ítalo Brasileiro pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata; Professora de Direito Material e Processual do Trabalho; Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

frustrazione dell'aspettativa stessa. Quando tale rinuncia fosse dettata da motivi discriminatori, a maggior ragione sarà dovuto un indennizzo per i danni morali decorrenti dalla condotta datoriale oltre al risarcimento dei danni materiali sofferti dal lavoratore.

Parole chiavi: Contratto di lavoro; responsabilità pre-contrattuale, visite mediche pre-assunzione.

1. Introdução

“Poderá alguém ser responsabilizado civilmente pelo simples fato de recusar contratar?” (CHAVES, 1959, p. 15).

Com esse questionamento, Antônio Chaves inicia o primeiro capítulo de sua clássica obra *Responsabilidade pré-contratual*, em que analisa até que ponto a liberdade individual de contratar pode ser utilizada pelo empregador que opta por não admitir um candidato a uma vaga de emprego, dependendo dos motivos que o levaram a essa escolha.

O presente trabalho busca aprofundar a discussão em relação a situações em que o contrato de trabalho não se efetiva após a submissão do candidato a exames médicos admissionais, de forma a avaliar a licitude da recusa na efetivação da contratação que já era dada como certa pelo candidato.

Isso porque, ao ser convocado pelo futuro empregador para tais procedimentos, muitas vezes após ter sido submetido a extenso processo seletivo e com a justa expectativa na contratação, o futuro empregado pode se deparar com a recusa do empregador de efetivar o contrato de trabalho.

Para investigar até que ponto essa recusa é lícita e, por outro lado, se pode o futuro empregador ser responsabilizado pela recusa de contratação, o presente artigo pretende analisar as normas brasileiras concernentes às obrigações empresariais no momento da efetivação do contrato de trabalho – notadamente as relativas aos exames médicos admissionais – bem como o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência pátrias para o tema.

O trabalho demonstra que existem casos em que a recusa de contratar é lícita, e até mesmo incentivada pelas normas brasileiras, ao passo que pode ser considerada ilícita quando

injustificada ou, pior ainda, quando motivada por razões discriminatórias, podendo ensejar a condenação do empregador a indenizar os danos morais e materiais decorrentes da recusa ilícita.

2. A responsabilidade do futuro empregador pela recusa de contratar

É correto afirmar que todos possuem liberdade de contratação, que decorre diretamente do direito à propriedade privada e dos princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, como ocorre com todas as liberdades, a liberdade de contratar também encontra limites nos princípios do fim social da propriedade, da isonomia, da própria dignidade da pessoa humana e da boa-fé e lealdade contratuais.

Dessa forma, como ensina René Savatier, citado por Chaves (1956, p. 17), “a liberdade de não contratar é completa, degenerando todavia em culpa quando não se relaciona a uma atitude lícita”.

Assim sendo, o rompimento das tratativas tendentes à celebração de um contrato reveste-se de grande importância, notadamente quando se tratar de um contrato de trabalho. Isso porque, como explicam Leal Júnior e Martins (2010, p. 19):

A importância da celebração de um contrato de trabalho, nesse sentido, ressalta ainda mais, já que está em jogo o direito fundamental da pessoa humana ao trabalho, que se encontra indissociavelmente ligado à vida e à dignidade, porquanto sem trabalho é impossível propiciar vida digna para si e sua família. (...)

Dessa feita, o rompimento injustificado das tratativas prévias à celebração final de contrato de trabalho pode gerar uma vasta ordem de prejuízos ao trabalhador, parte notoriamente hipossuficiente na relação de trabalho.

Ao ser convocado para o exame médico admissional, o candidato à vaga de emprego já possui justa expectativa na efetivação da contratação. O rompimento dessa expectativa pode ensejar à responsabilização da empresa, se não estiver respaldado por um justo motivo.

Délio Maranhão (1987, p. 219) ensina que

No contrato de trabalho, como nos demais contratos, pode haver um período pré-contratual. (...) se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e razoável (“culpa in contrahendo”), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (*interesse contratual negativo*), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa.

Karina Nunes Fritz (2009, p. 11) defende a responsabilidade pré-contratual pelo rompimento imotivado das negociações

... quando uma das partes desperta na outra a certeza de que o negócio será concluído e posteriormente, sem motivo justo, abandona as conversações, comportamento considerado desleal, contrário ao dever de lealdade e consideração pelos bens e interesses do parceiro, ínsito na idéia de boa-fé objetiva.

Isso porque, conforme pontua Chaves (1956, p. 25), o direito de retratação da proposta de emprego “não é absoluto; deve ser motivado; é preciso que se apoie em causa legítima. Inspirada em motivos não legítimos, a revogação da oferta torna-se geradora da responsabilidade, por ser abusiva; o conceito do abuso encontra aí uma oportunidade para se manifestar”.

O raciocínio esposado liga-se às noções de abuso de direito e ao princípio da boa-fé objetiva. Se por um lado é verdade que a liberdade e a autonomia privada dão a todos o direito de não contratar, também é certo que esse direito não pode ser exercido com abuso, ferindo o dever de boa-fé e lealdade contratuais.

Sendo assim, a boa-fé objetiva nas relações contratuais impõe que durante as negociações prévias à celebração de um contrato, incumbe às partes manter uma conduta honesta e transparente.

Dessa forma, se uma delas já possui a justa expectativa de que o contrato será efetivado – o que, no caso em exame, é nítido quando o candidato ao emprego já é enviado ao setor médico da empresa para os exames admissionais – a recusa na contratação deve ser acompanhada de um motivo justo e razoável.

Defendendo a aplicação do princípio da razoabilidade, Leal Júnior e Martins (2010, p. 22) explicam: “Assim, o magistrado deve analisar se eventual rompimento na contratação em momento prévio deu-se por motivo justo e *razoável* ou se a quebra foi injustificável”.

Caso contrário, surge para o trabalhador o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, sejam de ordem material ou moral.

São requisitos, portanto, para a responsabilidade pré-contratual no caso de ruptura injustificada das negociações:

Como regra geral pode-se dizer que as partes são livres para iniciar e abandonar as negociações sem motivo especial, arcando cada uma com as despesas efetuadas nesse período. Esta regra cede, contudo, quando uma delas dá como certa a celebração do contrato, criando na outra a confiança legítima na celebração, quando então, para se eximir da responsabilidade, precisa apresentar um motivo legítimo para o rompimento. São, portanto, requisitos específicos da responsabilidade por abandono injustificado das conversações: a existência de negociações, a confiança legítima de que o contrato será fechado e a violação do dever de lealdade por meio do rompimento ilegítimo. Além desses, devem ser acrescentados os requisitos genéricos da responsabilidade civil: dano, culpa e nexo causal entre rompimento e dano. (FRITZ, 2009, p. 53).

2.1. Efeitos da recusa injustificada na celebração do contrato: adjudicação compulsória ou indenização

Parte minoritária da doutrina afirma que a interrupção das negociações preliminares, quando já presente a confiança legítima da contraparte na efetivação do contrato, pode caracterizar um contrato preliminar de trabalho e ensejar a adjudicação compulsória do contrato, nos termos dos art. 463 e 464 do Código Civil de 2002:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Carlyle Popp (em sua obra *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, Curitiba: Juruá, 2001), citado por Fritz (2009, p. 28), defende que surgindo entre as partes a confiança legítima de que o contrato será celebrado, estágio no qual as negociações já

se encontrar em fase avançada, em havendo o rompimento, nasce para a contraparte o direito à celebração do contrato.

A posição é bastante criticada. Leal Júnior e Martins (2010, p.28) se posicionam contrariamente à celebração compulsória do contrato definitivo:

Cabe lembrar, por derradeiro, que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, não será possível aplicar a primeira parte do artigo 464 do Código Civil, que trata da adjudicação compulsória do contrato. Esta, se imposta ao trabalhador, violaria frontalmente a liberdade constitucional do trabalho e, conseqüentemente, o princípio da dignidade humana; se imposta ao empregador, por sua vez, representaria constrição indevida ao direito de propriedade e afronta ao princípio da livre iniciativa, além de engendrar situações insustentáveis no cerne da unidade produtiva.

No mesmo sentido, Fritz (2009, p. 28-29) afirma que “isso constituiria, em última análise, uma *anulação* da própria liberdade contratual”, sendo mais razoável “a imposição de responsabilidade por danos decorrentes da ruptura”.

Nos filiamos a essa corrente, que prevê como efeitos da recusa imotivada de efetivação do contrato definitivo o pagamento de indenização pelos danos sofridos, sejam de índole material ou moral.

2.2. Indenização por danos materiais e por danos morais

O dano indenizável no caso da responsabilidade pré-contratual seria o *interesse negativo*, ou seja, o “interesse da parte em não ser envolvida em negociações inúteis e desleais” (FRITZ, 2009, p. 38).

Nas palavras de Leal Júnior e Martins (2010, p. 25):

Desse modo, é importante registrar que, anteriormente à celebração do contrato, uma vez feita a proposta, se esta gerar reais expectativas e confiança na conclusão do negócio, especialmente no que tange ao contrato de trabalho, levando a outra parte a ter despesas em razão disso (como viagens), ou prejuízos outros tais como deixar de contratar com terceiro e alterar planos em suas atividades imediatas, e, após isso, o proponente desistir da contratação de forma injustificada e arbitrária, aqueles mesmos prejuízos devem ser ressarcidos...

Os danos, portanto, podem ser morais ou materiais, os quais englobariam tanto os danos emergentes (gastos na preparação do contrato), quanto os lucros cessantes (perda concreta de outra oportunidade).

Sobre os danos materiais a serem ressarcidos, Alice Monteiro de Barros (2008, p. 512) ensina que

... poderão ocorrer negociações mais longas, das quais surgirão gastos por parte do trabalhador, alusivos às viagens, estada e permanência em local distante de sua residência. Poderá verificar também a perda de oportunidade de o trabalhador obter outra atividade em virtude das negociações preliminares que se interromperam injustificadamente pela outra parte, após dar motivos para criar expectativa sobre a conclusão do negócio. Essa atitude, geradora do dano emergente ou do lucro cessante devidamente comprovados ou, pelo menos, estribado em sérias presunções, exige reparação.

Sobre os lucros cessantes, identificados como a perda de outra oportunidade de trabalho, esclarece Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 248):

Para que fique caracterizada a *perda de uma chance*, é imprescindível que o evento danoso tenha impedido uma real probabilidade da vantagem, e não uma simples possibilidade, até para não vulgarizar a figura jurídica, colocando em descrédito essa nova modalidade de indenização...

Já os danos morais são, de acordo com Fritz (2009, p. 40) “na prática, de *difícil caracterização*, posto que meras frustrações ou aborrecimentos pelo fracasso das tratativas fazem parte do risco que o contratante assume ao iniciar o processo negocial”.

Em que pese a dificuldade probatória, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu no sentido de indenizar moralmente o trabalhador que tinha a justa expectativa na contratação, pela simples frustração da negociação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO NA CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O recurso de revista merece ser admitido por divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL EM FASE PRÉ-CONTRATUAL. -O contrato de trabalho não impõe obrigações nem produz efeitos apenas enquanto vigente formalmente. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual- (2ª Turma, acórdão da lavra do Min. José Simpliciano). Da leitura do acórdão do TRT extrai-se que não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. O rompimento injustificado das negociações revelam a quebra do princípio da boa fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares. O Reclamante apresentou documentação, fez exames admissionais, forneceu conta bancária e pediu demissão do emprego, sendo em seguida surpreendido com a decisão da reclamada em não admiti-

lo. Diante disso, resta configurada a conduta ilícita da reclamada e, conseqüentemente, o alegado dano moral. -Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença-. (Caio Mário, citado por Pinho Pedreira, op. cit.) Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1686-37.2010.5.18.0006 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 19/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 28/10/2011)

Entretanto, sendo comprovado que a recusa na efetivação da contratação decorreu de razões discriminatórias, o dano moral é evidente, merecendo ser reparado, conforme preceituam o art. 5º, incisos V e X, da Constituição.

No mesmo sentido, as seguintes ementas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. Na questão referente à responsabilidade pré-contratual decorrente da promessa de contratação que restou frustrada, há que se distinguir a situação em que a empresa adota uma conduta diligente no processo seletivo daquela conduta imprudente, por meio da qual instiga no trabalhador a certeza da contratação. Não se desconhece que a definição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de trabalhador, inclusive quanto à verificação da aptidão física e profissional do candidato, está inserida no poder de gestão do empregador. Isso não se discute. Entretanto, quando este, adota conduta imprudente, transmitindo a certeza da contratação, com o envio dos documentos pessoais do candidato ao emprego, realização de exame admissional, teste de aptidão e integração na empresa, mas não confirma a contratação, acaba gerando inegáveis prejuízos de ordem moral ao trabalhador que podem ensejar a indenização por danos morais. (RO 01541-2010-034-03-00-6. TRT 3ª Região. Décima turma. Juíza Convocada Relatora Sueli Teixeira. Data de Publicação: 23/09/2011).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, podendo alcançar também a fase pré-contratual, à luz do disposto no artigo 422 do CCB, que garante a seriedade nas negociações preliminares, criando uma confiança entre as partes, de modo a possibilitar o reconhecimento da responsabilidade daquela cuja desistência na concretização do negócio ensejou prejuízos a outrem. Existindo nos autos provas de que a ré tenha garantido a contratação do autor, inclusive fazendo esse se desligar da possibilidade de outro emprego na busca de melhores oportunidades, fica caracterizado o dano moral. Esse, por sua vez, exige reparação compatível com o mal causado, devendo servir, também, de desestímulo para que atos como tal não continuem a acontecer. (RO 00790-2008-143-03-00-9. TRT 3ª Região. Turma Recursal de Juiz de Fora. Juiz Convocado Relator Paulo Maurício R. Pires. Data de Publicação: 27/05/2009).

Analisaremos, a seguir, até que ponto a recusa empresarial de efetivar a contratação após a submissão do candidato a exames médicos admissionais é justificável e até mesmo incentivada por nosso ordenamento, e em que hipóteses poderá ensejar a responsabilização do empregador pelos danos causados por não finalizar a contratação.

3. Exame médico admissional

Como é cediço, antes de dar início à prestação de serviços, o candidato ao emprego deve ser submetido a exames médicos admissionais, tendentes a avaliar sua aptidão para o trabalho.

Prevê a Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - a admissão;

(...)

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.

De acordo com Vicente Pedro Marano (2010, p. 25), o exame médico admissional tem como objetivos:

- a) permitir a colocação dos trabalhadores em serviços adequados às suas condições físicas e psíquicas;
- b) permitir que os candidatos a empregos conheçam o estado real de sua saúde, sendo orientados quanto à possível solução dos problemas médicos eventualmente encontrados;
- c) salvaguardar a saúde e segurança da comunidade trabalhadora, não permitindo a admissão de pessoas que possam oferecer qualquer risco;
- d) permitir que o novo empregado receba as suas primeiras noções sobre questões de saúde ocupacional; e
- e) cumprir disposições legais que tornam esse exame obrigatório.

Conforme ressaltado, o exame admissional é revestido de enorme importância, seja para preservar a saúde do trabalhador que está se candidatando ao emprego, seja para

resguardar a empresa da admissão de um candidato que não esteja apto a realizar as funções do emprego.

Complementando a tutela da saúde, segurança e higiene ocupacionais, o Ministério do Trabalho e Emprego, em verdadeira delegação normativa, publicou a Portaria n. 3.214/78, trazendo Normas Regulamentadoras de vários temas.

Dentre elas, se reveste de maior importância para nosso estudo a NR-04, que institui os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) dentro de cada empresa, e a NR-07, que dispõe acerca do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) de cada empresa.

Sobre o PCMSO, a NR-07, estabelece:

7.4 DO DESENVOLVIMENTO DO PCMSO

7.4.1 O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos:

a) admissional;

(...)

7.4.2 Os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem:

a) avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental;

b) exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos nesta NR e seus anexos.

7.4.2.1 Para os trabalhadores cujas atividades envolvem os riscos discriminados nos Quadros I e II desta NR, os exames médicos complementares deverão ser executados e interpretados com base nos critérios constantes dos referidos quadros e seus anexos. A periodicidade de avaliação dos indicadores biológicos do Quadro I deverá ser, no mínimo, semestral, podendo ser reduzida a critério do médico coordenador, ou por notificação do médico agente da inspeção do trabalho, ou mediante negociação coletiva de trabalho.

(...)

7.4.2.3 Outros exames complementares usados normalmente em patologia clínica para avaliar o funcionamento de órgãos e sistemas orgânicos podem ser realizados, a critério do médico coordenador ou encarregado, ou por notificação do médico agente da inspeção do trabalho, ou ainda decorrente de negociação coletiva de trabalho.

Como visto, essa norma regulamentadora esclarece como se dará o exame médico admissional, e quais os exames necessários no momento da averiguação da capacidade do candidato ao emprego, deixando a critério do profissional médico a realização de outros exames tendentes a uma melhor avaliação do quadro de saúde dos trabalhadores.

Hudson de Araújo Couto (1994, p. 422-423) recomenda, como primeiro mandamento do médico do trabalho, cumprir as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e

Emprego e aconselha ao profissional que defina os exames complementares e especializados que forem necessários de acordo com a função a ser exercida pelo candidato.

3.1. Aptidão para o trabalho

Os exames admissionais visam “identificar no candidato a sua efetiva condição física e psicológica para o desempenho da função para a qual está sendo selecionado” (MARANO, 2010, p. 61).

Vicente Pedro Marano (2010, p. 63) explica que

... é nesta oportunidade que poderão ser identificadas anormalidades físicas, mentais e/ou psíquicas muitas vezes ignoradas pelo próprio candidato. Além disso, é também nessa ocasião que, objetivando-se a proteção da saúde do candidato, poder-se-á evitar que venha a ser prejudicada ou agravar-se alguma anormalidade preexistente, em função da exposição que possa submeter-se quando de seu ingresso e permanência na empresa.

Desse modo, fica evidente a importância do exame admissional para a proteção da própria saúde do candidato, de forma que a identificação da inaptidão para a função a ser exercida deve, sim, ser considerado motivo mais do que justo para a recusa na efetivação da contratação.

Contudo, adverte Sebastião Geraldo de Oliveira (2002, p. 376), “Nos exames pré-admissionais, acabam por fazer a seleção dos sadios, deixando os duvidosos, os aparentemente problemáticos e os que tiveram antecedentes de doença ocupacional na angústia do desemprego”.

Isso porque, em que pese terem o dever de averiguar se os candidatos estão aptos a exercer a função para o qual estão sendo selecionados, é muito comum que o serviço médico não limite sua avaliação na capacidade específica para a função, mas acabe por considerar inapto um trabalhador com patologia não relacionada com o trabalho, pelo simples fato de não considerá-lo com a higidez suficiente para compor os quadros da empresa.

Sobre o tema, o mesmo autor ressalta que

Outra finalidade do SESMT, prevista na Convenção n. 161 da OIT, é a de promover a “adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores”, atribuição esta que não consta da NR-04. O preceito citado é de fundamental importância porque o alvo passa a ser a valorização do trabalhador, já que os instrumentos, a organização e os métodos operacionais é que devem ser a ele

adaptados, em vez de adaptar o trabalhador ao trabalho. (OLIVEIRA, 2002, p. 378).

Desse modo, os trabalhadores portadores de qualquer condição diferenciada, mas que não os incapacita para a função a ser exercida, muitas vezes poderiam ser considerados aptos, devendo o SESMT da empresa recomendar alterações e adaptações no local de trabalho de forma a propiciar a integração desse indivíduo ao meio ambiente laboral.

3.2. Espécies de exames médicos

Como visto, a NR-07 do MTE prevê que o exame admissional será composto de avaliação clínica, que englobe a anamnese ocupacional e o exame físico e mental, além dos exames complementares especificados, previstos de acordo com a atividade a ser desempenhada e os riscos dela advindos, além de outros exames a critério do SESMT da empresa.

Vicente Pedro Marano (2010, p. 34) sugere até mesmo uma investigação geral mais aprofundada:

Independente da investigação clínica, preconizamos também, basicamente, a exigência de outros exames cujo objetivo é tão somente detectar anormalidades diversas, algumas delas passíveis de cura e cuja existência muitas vezes é ignorada pelo próprio candidato.

Entretanto, muitas vezes os exames médicos solicitados podem dar vazão a discriminações contra os candidatos, violando diretamente a Convenção n. 111 da OIT (que proíbe todo tipo de discriminação no emprego ou profissão) e a Lei n. 9.029/95 (que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a sua manutenção), pelo que são vedados pelo ordenamento brasileiro.

É o caso do exame de detecção do vírus da imunodeficiência adquirida – HIV, cuja realização nos exames médicos admissionais e periódicos é expressamente vedada no art. 2º da Portaria n. 1.246/00, do Ministério do Trabalho e Emprego:

Art. 2º. Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não obsta que campanhas ou programas de prevenção da saúde estimulem os trabalhadores a conhecer

seu estado sorológico quanto ao HIV por meio de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

Atenta às alarmantes situações de discriminação no trabalho aos portadores desta enfermidade, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou, em 2010, a Recomendação nº 200 sobre HIV e AIDS e o mundo do trabalho, que consiste no primeiro instrumento internacional concernente a esta doença e suas relações com o trabalho. Este documento dispõe que não deve haver discriminação ou estigmatização de qualquer tipo contra trabalhadores, especialmente aqueles que estão buscando emprego ou a eles estão se candidatando, com base no *status* real ou percebido de soropositividade.

Importante ressaltar, ainda, a previsão específica relativa ao trabalho da mulher, contida no art. 373-A da CLT, incluído pela Lei n. 9.799/99:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (...)
IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Essa atitude discriminatória é, inclusive, criminalizada pela Lei n. 9.029/95:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:
I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;
a) indução ou instigamento à esterilização genética;
b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).
Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Entretanto, adverte Vicente Pedro Marano (2010, p. 36) que a exigência de exame de gravidez pode ser importante para preservar as próprias candidatas do sexo feminino de funções que possam prejudicar a gestação, ressaltando que tais testes “não devem, quando positivos, servir de justificativa para a reprovação das candidatas”.

Entendemos ser totalmente razoável a ponderação, ressaltando que o profissional médico deve lidar com a vida e a saúde da paciente que está sendo submetida a seu exame e

de um possível nascituro. Nesse caso, caberia informar a trabalhadora dos riscos e recomendar as adaptações necessárias no ambiente laboral.

3.3. Dever de sigilo, dever de informação e a ética médica

Prevê a Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 168. § 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.

Neste dispositivo estão contidos o dever de informação do médico para com o trabalhador submetido a exames médicos, bem como o dever de sigilo das mesmas informações, conforme preceitua a ética médica.

Sobre o tema, se manifestou Vicente Pedro Marano (2010, p. 121):

Convém lembrar que os dados transcritos na *ficha médica admissional* se revestem de caráter sigiloso, como aliás todos aqueles registrados nos prontuários médicos. Tais dados só poderão ser conhecidos e manipulados pelo corpo clínico do serviço médico da empresa. Assim sendo, ao médico do trabalho competirá apenas informar ao departamento de pessoal se o candidato está apto ou inapto para a admissão.

Na prática cotidiana dos exames admissionais, a doutrina especializada aponta conflitos éticos decorrentes do choque entre a relação médico-paciente existente com o trabalhador candidato à vaga de emprego e a relação estabelecida entre o profissional do serviço médico e a empresa. Nas palavras de Hudson de Araújo Couto (1994, p. 421):

Nosso principal compromisso é com o trabalhador, nosso cliente externo, mas também temos compromisso com a empresa e com os gerentes, nosso cliente interno. Nosso papel é difícil, pois por diversas vezes nos encontramos na situação delicada de autorizar/não autorizar um tipo de trabalho ou que o trabalhador exerça sua atividade em determinado ambiente.

Sobre os problemas éticos advindos da realização de exames médicos, sejam admissionais ou periódicos, Ernesto Lima Gonçalves (1994, p. 283) afirma:

Em primeiro lugar, em consequência do sigilo médico de que deve cercar-se o diagnóstico que o exame permita firmar. Trata-se de informação de que

apenas duas pessoas podem partilhar: o doente e o médico. Nessa mesma linha de relacionamento é que se coloca a obrigação de o médico oferecer ao trabalhador todas as informações, clínicas e laboratoriais, a respeito de sua situação. (...)

Da mesma forma outros problemas éticos podem emergir da atividade do serviço médico: a discriminação ou rejeição de candidatos que, no exame médico admissional, não estejam no limite máximo de higidez, qualquer que seja a função a que se candidatem...

Para contornar os problemas advindos da submissão da equipe especializada em medicina e segurança do trabalho, Sebastião Geraldo de Oliveira (2002, p. 99-100 e 379) defende a garantia de emprego dos membros do SESMT, nos moldes daquela conferida aos membros da CIPA e aos dirigentes sindicais, já que “se não tiver o respaldo da segurança no emprego, as recomendações éticas, até mesmo inconscientemente, cedem lugar à luta pela sobrevivência”¹. O autor acrescenta:

Convém registrar, ainda, a Recomendação n. 171, adotada pela OIT em 1985, cujo art. 11.2 prevê que o serviço de vigilância à saúde do trabalhador não deve ser utilizado com fins discriminatórios e de nenhuma maneira deverá ser prejudicial aos seus interesses. Alíás, nesse mesmo sentido o art. 3º da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.359/92 estabelece que “o médico que presta seus serviços a empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador ou à seção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função”. Como previsto no art. 2º do Código de Ética Médica, “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (OLIVEIRA, 2002, p. 385-386).

Ante todo o exposto, possível afirmar que os exames médicos admissionais configuram etapa relevante do procedimento de contratação, sendo imprescindível a averiguação da aptidão do candidato para o exercício da função para a qual está sendo selecionado.

Caso constatada sua inaptidão, ou detectado que a função a ser desempenhada importaria em agravamento de seu quadro de saúde, a recusa na efetivação da contratação estaria plenamente justificada, não havendo que se falar em responsabilidade pré-contratual da parte empresarial.

Entretanto, se os procedimentos médicos forem utilizados pela empresa de forma antiética, dando vazão aos preconceitos do empregador e se tornem mero instrumento para

¹ No mesmo sentido se posiciona SALIBA, 2004, p. 291.

impedir a contratação de trabalhadores sem respaldo médico para tanto, podem gerar para o candidato recusado o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, principalmente os de índole moral.

Para evitar tais situações, entendemos ser importante a garantia de emprego para os profissionais integrantes do SESMT das empresas, de forma a assegurar que os preceitos de ética médica não serão distorcidos pelas pressões do empregador.

4. Conclusão

É possível a responsabilização do empregador que se recusa a efetivar a contratação após a criação de legítima expectativa no candidato à vaga de emprego, nos casos em que não apresenta justo motivo para tanto.

A identificação de inaptidão para o trabalho em geral, ou para a função específica para a qual estava sendo recrutado é considerado motivo lícito para a não contratação, não havendo que se falar, nesse caso, em indenização por recusa da contratação.

Por outro lado, se nessa etapa da contratação, em que o trabalhador já criou a legítima expectativa na efetivação do contrato de trabalho, o futuro empregador simplesmente recusar, sem justificativa plausível, a contratação, possível sua responsabilização pelos danos causados pela ruptura.

Quando evidenciado que essa recusa foi motivada por razões discriminatórias, por exemplo, após ter sido detectada alguma moléstia que não tem qualquer relação com o trabalho a ser desempenhado, com maior razão será devida indenização pelos danos morais advindos da atitude empresarial, além do ressarcimento dos danos materiais sofridos pelo trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo, LTr, 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01541-2010-034-03-00-6. Décima turma. Juíza Convocada Relatora Sueli Teixeira. Data de Publicação: 23/09/2011. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/juris>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00790-2008-143-03-00-9. Turma Recursal de Juiz de Fora. Juiz Convocado Relator Paulo Maurício R. Pires. Data de Publicação: 27/05/2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/juris>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1686-37.2010.5.18.0006 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 19/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 28/10/2011. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/consulta-unificada>.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COUTO, Hudson de Araújo. *Qualidade e excelência no gerenciamento dos serviços de higiene, segurança e medicina do trabalho*. Belo Horizonte: Ergo Editora, 1994.

FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. In: Revista dos Tribunais, ano 98, v. 883, mai. 2009. p. 9-59.

GONÇALVES, Edwar Abreu. *Segurança e medicina do trabalho em 1.200 perguntas e respostas*. São Paulo: LTr, 1996.

GONÇALVES, Ernesto Lima. *O serviço médico da empresa: desafios de sua administração*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MARTINS, Pedro Henrique Machado. *Da responsabilidade civil pré-contratual do empregador na relação empregatícia*. In: Justiça do Trabalho, ano 27, n. 324, dez. 2010. p. 18-47.

LISKO, Elaine A. *Aspectos legais da medicina do trabalho*. In: BOWSLER, Rosemarie M.; CONE, James E. *Segredos em medicina do trabalho: respostas necessárias ao dia-a-dia em*

rounds, na clínica, em exames orais e escritos. Tradução: Jussara N. T. Burnier. Porto Alegre: ARTMED EDITORA, 2001. p. 365-374.

MARANHÃO, Délio. *Contrato de trabalho.* In: SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho.* v. 1. 10 ed. atual. São Paulo: LTr, 1987. p. 202-245.

MARANO, Vicente Pedro. *Medicina do trabalho: controles médicos, provas funcionais.* 5 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição.* 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.* 6 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador.* 4 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

SALIBA, Tuffi Messias. *Curso básico de segurança e higiene ocupacional.* São Paulo: LTr, 2004.