

DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA EM CASO DE RECUSA DA VACINAÇÃO PARA A COVID-19: UM EMBATE ENTRE TESES ANTAGÔNICAS

Breno Vince Freitas Costa Araújo*

RESUMO: Ante o surgimento e a propagação descontrolada do COVID-19, a humanidade teve que se adaptar com uma série de adaptações necessárias à nova realidade. Entre tantas adaptações necessárias, uma delas sofreu resistência por parte da população que, por diferentes crenças, não aceitaram pacificamente: a vacinação contra a COVID-19. Surgiu, assim, o embate entre teses que discutiam a possibilidade de demissão por justa-causa em caso de não comprovação da vacinação contra a COVID-19. Tal embate que invadiu os tribunais pátrios, que chegou em seu ápice ao colocar em polos opostos os representantes do poder executivo e do judiciário, invadiu os mais diversos tribunais regionais do trabalho espalhados por todo o país que precisam decidir o tema. Diante desse embate e da necessidade de decisão por parte dos tribunais, o presente trabalho busca apresentar os principais argumentos que sustentam as teses antagônicas e, com fulcro no exposto, apresentar uma posição jurídica acerca do embate assim como apresentar qual possivelmente será a decisão dos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Justa-causa. Covid-19. Vacinação. Dispensa discriminatória. Interesses individuais.

DISMISSAL FOR JUST CAUSE IN CASE OF REFUSAL OF VACCINATION FOR COVID-19: A CLASH BETWEEN ANTAGONICAL THESES

ABSTRACT: Due to the rise and uncontrolled propagation of COVID-19, humanity had to adapt to this new reality with a series of necessary changes. Of those adaptations, one suffered resistance from the general public, that for differing beliefs, didn't accept it peacefully: the COVID-19 vaccine. Thus emerged the conflict of theses that discussed the possibility of dismissal with cause in case of lack of vaccination proof. This conflict, that invaded our national courts, reached its apex when it put on opposing sides representatives of the executive and judiciary powers, invaded the most diverse regional courts scattered all across the country and they all had to decide on the matter. Facing this situation and the necessity of a resolution by the courts, this present paper seeks to present the main arguments that sustain the antagonistic theses and present a legal position concerning the debate on the matter, as well as presenting what's possibly going to be the decision of the courts.

KEYWORDS: Just cause. Covid-19. Vaccination. Discriminatory waiver. Individual interests.

1. INTRODUÇÃO

Ante a necessidade do retorno das atividades laborais presenciais, a existência de pessoas que se recusaram a tomar a vacina, os “antivacina”, gerou um impasse: poderiam, os empregadores, no intuito de proteger o coletivo, exigir de seus funcionários a vacinação e a comprovação da vacinação enquanto uma obrigação e demitir por justa-causa aqueles que não cumprirem tal

* Bacharel *Magna Cum Laude* em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado no escritório Breno Vince Advocacia.

exigência? Ante tal questionamento, o governo, representado na figura do presidente Jair Bolsonaro, e o Supremo Tribunal federal travaram um embate ideológico do qual surge o questionamento sobre a possibilidade que precisa ser respondido nos Tribunais Regionais do Trabalho.

O presente trabalho se insere do campo do direito trabalhista, tocando necessariamente ainda o direito constitucional, tem como objetivo geral compreender e analisar os principais pontos da evolução dos fatos do tema, os princípios que fundamentam a possibilidade de demissão por justa causa por não vacinação da COVID-19, os fundamentos que fundamentam a impossibilidade de demissão por justa causa por não vacinação da COVID-19 e, por fim, apresentar uma posição de direito ante o caso.

São objetivos específicos deste trabalho: (a) analisar e compreender evolução dos fatos que embasaram o caso; (b) analisar e compreender a fundamentação lógica e principiológica da portaria nº 620 MTP; (c) analisar e compreender a fundamentação lógica e principiológica da decisão do STF que suspendeu dispositivos da portaria nº 620 MTP, e (d) analisar a posição paradigma do TRT-2 e (e) posicionar-se sobre a possibilidade de demissão por justa causa do empregado que não se vacinar para a COVID-19. Para que os propósitos desse trabalho sejam atingidos, tendo em vista a natureza puramente doutrinária, jurisprudencial e legislativa que envolve o mesmo, fora utilizado enquanto metodologia o método da revisão bibliográfica, por meio do qual será analisado e devidamente compreendido todos os conceitos e ferramentas necessárias para a compreensão da presente tese; assim como os métodos analítico e sintético – estes últimos por conta da necessidade de se promover uma divisão do assunto, seguida de uma reconstrução coerente das ideias; bem como recorreu-se também a comparações legislativas pertinentes. O tema se mostra relevante justamente por conta da sua utilidade e relevância prática, sobretudo pelo crescente número de pessoas “antivacina” no Brasil e a necessidade de pacificação do tema nos tribunais.

Os capítulos estão divididos de modo a contemplar: (I) a apresentação do caso, mostrando os principais embates em tribunais entre as teses; (II) a revisão da jurisprudência, perpassando pelas principais decisões que envolvem os embates, quais sejam a medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal suspendendo dispositivos da portaria MTP nº 620, da decisão do STF que entendeu pela obrigatoriedade da Vacina e do julgado paradigma para o presente trabalho; (III) a entendimento doutrinário, explicando quais as principais teses

em conflito e seu arcabouço jurídico, quais sejam as teses de não previsão do rol taxativo do artigo 482 da CLT e da dispensa discriminatória e de liberdade de consciência em prol da não obrigação da vacina e da tese de demissão por justa causa ante reconhecimento de insubordinação ou indisciplina ao funcionário que se recusar comprovar a vacinação contra a covid e da primazia de proteção à sociedade em prevalência sobre interesses individuais ou de classe; (IV) normas que regulamentam a matéria; (V) análise crítica e as (VI) considerações finais.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

Ante o crescente número de pessoas que decidiram não se vacinar contra a COVID-19 pelos mais diversos motivos, incontáveis empresas tiveram que lidar com uma situação antes impensada: como, em meio a uma pandemia, buscar combater a COVID-19 e garantir a segurança de toda a empresa com funcionários ao lidar com funcionários que se recusam a se vacinar contra a COVID-19. Ante o evidente risco de espalhar ainda mais a doença viral para os demais funcionários da empresa, para os clientes e até mesmo para si, diversos empregadores decidiram por buscar desligar esses funcionários por justa-causa. Inconformados com essa fundamentação para uma justa causa, diversos funcionários “antivacina” recorreram ao judiciário no intuito de reverter a justa-causa para a percepção de valores como demissão sem justa causa e até mesmo indenizações por demissões discriminatórias.

Em resposta ao crescente número de casos de demissão por justa causa que iam buscar solução no judiciário, o atual governo publicou a Portaria MTP nº 620, no qual proibiu ao empregador, “na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação” e estabeleceu, “além do direito à reparação pelo dano moral”¹ por considerar a demissão discriminatória, a “reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais”² ou, se preferir, a “percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”³. Reagindo ao conteúdo da portaria citada, o Supremo Tribunal Federal, na figura do ilustre ministro Roberto Barroso, em

33

¹ BRASIL, Portaria nº 620 de 01 de novembro de 2021. Art. 4º

² BRASIL idem. Art. 4º, I

³ BRASIL, ibidem. Art. 4º, II

12 de novembro de 2021, em atendimento a pedido feito por partidos de oposição ao atual governo, decidiu suspender por meio de cautelar diversos trechos da citada portaria do Ministério do Trabalho e Previdência que determinava que empresas não poderiam exigir comprovantes de vacinação contra a COVID-19.

Ante esse cenário de indecisão, os tribunais de primeira e segunda instância do país ficam livres para decidir qual linha argumentativa querem adotar, o que gera um cenário de instabilidade e insegurança jurídica, visto que a diferença entre uma decisão favorável ou desfavorável pode ser simplesmente a posição particular do julgador que lerá o caso. Ante o caso exposto, resta em aberto a questão: é devida a demissão por justa causa ao empregado que não se vacinar e/ou não apresentar comprovante de vacinação contra a covid-19? Responder tal questão apropriadamente, com base em qualquer das teses requer, antes de tudo, a compreensão de sua fundamentação e, para tanto utilizaremos uma decisão paradigma do Tribunal Regional da 2ª região para melhor compreender.

34

A aquecida discussão entre a possibilidade e a impossibilidade de exigência de comprovante de vacinação contra a COVID-19 que acabou em diversos tribunais por todo o país tiveram a devida representação na oposição de ideias entre o líder do poder executivo, o presidente Jair Bolsonaro, que reiteradamente se manifestou pela defesa da não obrigatoriedade da vacinação, da não possibilidade de exigência de comprovante de vacinação e da vedação à dispensa por justa causa àqueles que se recusarem a apresentar comprovante de vacinação contra a COVID-19, e a Corte do Supremo Tribunal Federal, que tem se posicionado em prol da exigência da vacinação da covid e pela obrigatoriedade de vacinação da população.

Urge destacar que todo o embate em questão se cristalizou de forma mais epopeica em duas batalhas específicas nos tribunais: (1) o embate sobre a obrigatoriedade da vacinação da população pela vacina da COVID-19 e (2) o embate sobre a possibilidade de demissão por não comprovação da vacinação ser por justa causa. Se é verdade que a primeira já teve seu deslinde cuja compreensão é necessária para a segunda, a segunda é o fundamento de divergência que se busca analisar e posicionar no presente trabalho.

3. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, em sede de julgamento do Recurso Ordinário nº 10001222420215020472, de relatoria do Desembargador

Roberto Barros da Silva, paradigma para o presente caso, enfrentou as principais teses arguidas em sede do debate da possibilidade de justa causa por não vacinação e não comprovação de vacinação, contudo, compreender todo o deslinde do presente caso requer compreender antes importantes decisões pretéritas proferidas que apresentaram respostas aos principais conflitos que permeavam a possibilidade de demissão por justa causa. As principais decisões que precisam ser compreendidas são, (1) a decisão do STF que suspendeu dispositivos da portaria nº 620, visto que a suspensão afastou o dispositivo que trazia o comando imperativo de reconhecer enquanto discriminatória a dispensa por não comprovação de vacinação e (2) a decisão do STF que entendeu pela obrigatoriedade da vacinação da COVID-19 para a população.

3.1. Da cautelar que suspende dispositivos da Portaria nº 620

Dispensa discriminatória. Essas duas palavras que, por força da portaria nº 620, deveriam ser a regra entre os entendimentos das decisões proferidas seriam, junto as grandes penalidades previstas pelo mesmo ordenamento, a grande “trava” criada pelo governo federal para impedir dispensas por não vacinação e não comprovação de vacinação contra a COVID-19. Tal posição, que permitiria uma condenação por danos morais atrelada as outras severas punições previstas, tinha uma mensagem clara: persuadir os empregadores que não valeria a pena arriscar tentar demitir por justa causa e demonstrar aos empregados alinhados que o governo buscava protegê-los.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu diversos dispositivos da portaria MTP nº 620 teve um importante impacto por bloquear, mesmo que temporariamente, as punições pesadas que eram anunciadas, reestabelecendo “o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho”⁴. Além da mensagem implícita de não-coadunação com as medidas que visavam impedir as demissões, a decisão do STF trouxe um maior equilíbrio de risco-prêmio que faria valer o risco de efetuar as demissões.

3.2. Da decisão do STF que entendeu pela obrigatoriedade da vacinação

A vacina contra o COVID-19 é obrigatória. Essa objetiva decisão tomada por dez votos a um pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso extraordinário com Agravo ARE: 1267879 SP que estabeleceu um importante regramento que seria basilar para as decisões trabalhistas de todo o país cujas

4 STF - ADPF: 898 DF 0063967-95.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/11/2021, Data de Publicação: 16/11/2021

decisões lhe seriam posteriores. Tal decisão condensou-se na Decisão de Repercussão Geral nº 1.1003, onde fixou-se a tese:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar⁵

Isso se dá, pois, sendo obrigatória a vacinação e sendo possível estabelecimento de sanções contra aqueles que não se imunizassem, a decisão expressamente tornou enquanto uma possibilidade a exigência de comprovação da vacinação obrigatória e tornou possível o estabelecimento de regras gerais da empresa o comando de ter que apresentar o comprovante de vacinação contra a COVID-19. Ante tal possibilidade, a sua desobediência poderia ser compreendida como um descumprimento de uma regra geral ou de um comando específico, o que configuraria como indisciplina ou insubordinação, respectivamente. Estabeleceu-se, assim, uma fundamentação legalista para uma demissão por justa causa do empregado.

36

3.3. Do julgado paradigma

Ante a abertura disponibilizada pelo Supremo Tribunal Federal nesses julgados expostos, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, em sede de julgamento do Recurso Ordinário nº: 10001222420215020472, enfrentou um debate em torno de um caso de demissão por justa causa aplicado à funcionária que se recusou a vacinar-se contra a covid por motivos que não seja contraindicação médica. Compreender tal julgado, paradigma para o presente trabalho, é crucial no intuito de entender as posições antagônicas sobre o caso assim como as posições dos tribunais.

Em defesa da impossibilidade de demissão por justa-causa, destaca-se (a) a não previsão da não vacinação ou da não entrega do comprovante enquanto faltas graves descritas no rol taxativo do Artigo 482 da CLT e (b) a dispensa por justa causa ser reconhecida enquanto discriminatória. Em defesa da possibilidade de demissão por justa-causa, destaca-se (c) da insubordinação e/ou da

⁵ Supremo Tribunal Federal - ARE: 1267879 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021

indisciplina prevista no Artigo 482 da CLT e (d) da primazia da proteção da sociedade em prevalência sobre os interesses do indivíduo.

4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

No intuito de buscar melhor compreender as decisões proferidas pelos mais diversos tribunais, seja qual for a sua posição, urge analisar a fundamentação teórica doutrinária das teses que embasam as respectivas posições.

4.1. Das teses sustentadas para a impossibilidade de demissão por justa-causa: a não previsão no rol taxativo do Artigo 482 da CLT

Embora seja compreendido como um contrato especial, o contrato de trabalho ainda é um contrato que precisa obedecer a certas premissas basilares dos contratos, entre as quais encontra-se a obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas pactuadas por força do princípio da obrigatoriedade dos contratos existente desde o direito Romano.

O desrespeito a essas regras estabelecidas podem ser compreendidas como faltas, que podem ser classificadas em leves ou graves a depender da gravidade do ato faltoso. As faltas possíveis estão descritas na CLT. Conforme é sabido, a Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece nas alíneas do artigo 482 um rol taxativo de faltas graves pelos quais pode, o empregador, vir a demitir um empregado seu por justa-causa. Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona que “No Brasil, entende-se que o sistema adotado é o taxativo, pois cabe somente à lei estabelecer as hipóteses de justa causa, sendo o respectivo rol exaustivo, e não meramente exemplificativo”⁶.

Como pode-se aferir em leitura objetiva do rol do artigo 482 da CLT, não se encontra previsto no rol citado qualquer menção à não vacinação contra a COVID-19 ou não comprovação de vacinação contra a COVID-19. Sendo um rol taxativo, nenhuma ação que não se enquadre em qualquer dos atos acima previstos poderia justificar uma demissão por justa-causa. Se é vedada uma interpretação extensiva por regra, uma interpretação extensiva *in pejus* a um trabalhador é ainda mais vedada por ir contra a lógica da direito do trabalho, que busca proteger principalmente o trabalhador.

37

⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, fl.634.

4.2. Das teses sustentadas para a impossibilidade de demissão por justa causa: da dispensa discriminatória, da liberdade e de escusa de consciência

A Constituição Federal, no escopo dos direitos fundamentais previstas no artigo 5º, estabelece expressamente que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁷ e ainda estabelece em sede do inciso XLI que, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁸. Tal fundamentação busca garantir igualdade material entre os indivíduos e combater todo tipo de discriminação, visando combater odiosas práticas discriminatórias, como racismo, em prol de uma sociedade mais igualitária, isto é, buscava unir a população. Entre tais direitos, estaria previsto o direito de liberdade de consciência, que, de modo simples, seria a liberdade do indivíduo quiser pensar o que quiser sobre si mesmo e sobre o mundo que o cerca. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que:

A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízes e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade –, propiciar meios efetivos de formação autônoma de consciência das pessoas.⁹

Derivando diretamente do direito de liberdade de consciência, teríamos o direito à escusa de consciência, que, de modo objetivo, seria o direito de qualquer cidadão de recusar-se a fazer algo por motivo religioso ou mesmo filosófico, optando arcar com prestação alternativa imposta pelo Estado. Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que:

Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. É comum que, por questões religiosas especialmente, alguém se recuse a prestar serviço militar. A constituição diz que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 5º

⁸ BRASIL, idem, Art. 5º, XLI.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Blanco. – 9. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, fl. 312.

se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, VIII, fine). Reconhece-se o direito de escusa ou imperativo de consciência, mas a lei pode impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com convicções.¹⁰

Aproveitando-se da premissa desse dispositivo, dessa teoria e das ideias lógicas de isolar indivíduos “antivacina” (que são mais vulneráveis ao COVID-19), o governo, visando barrar incontáveis demissões por todo o país desse grupo, em sede de parágrafo segundo do artigo primeiro da Portaria nº 620, de 1 de novembro de 2021, estabeleceu expressamente que “a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacina”¹¹ é considerada prática discriminatória. Isso seria considerado discriminatório em face ao direito de escusa de consciência alinhado ao direito de liberdade de consciência ao qual seria permitido a todos decidirem seus destinos com base em suas crenças.

Junto ao reconhecimento da dispensa por não comprovação de vacinação enquanto discriminatória, foram criadas novas e severas possibilidades de punições financeiras ao empregador no instante que, na Portaria MTP nº 620, expressamente firmou que, “além do direito à reparação pelo dano moral”¹² por considerar a demissão discriminatória, o funcionário teria direito a exigir a “reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais”¹³ ou, se preferir, a “percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”¹⁴. Tendo em vista o tempo normal de duração de um processo além do valor de condenação em danos morais, resta evidente que a medida punitiva prevista é muito pesada e que possivelmente funcionaria como trava impeditiva de demissões enquanto vigesse.

39

4.3. Das teses sustentadas para a possibilidade de demissão por justa-causa: da insubordinação ou indisciplina às regras da empresa

Uma das teorias mais recorrentes para justificar a justa-causa seria a alegativa de falta grave por indisciplina por parte do funcionário que deixa de

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª edição revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013). São Paulo – SP. Editora Malheiros, 2014, fl.244.

¹¹ BRASIL, Portaria nº 620 de 01 de novembro de 2021. Art. 1º, §2º

¹² BRASIL, idem. Art. 4º

¹³ BRASIL, idem. Art. 4º, I

¹⁴ BRASIL, ibidem. Art. 4º, II

apresentar o cartão de vacinação e/ou deixar de se vacinar em descumprimento da regra geral da empresa de se fazê-lo e/ou de apresentar o comprovante de vacinação. Tal falta grave seria a prevista na alínea “h” do artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Leciona Carlos Henrique Bezerra Leite que o “ato de indisciplina a ensejar a justa causa prevista na alínea h do art. 482 da CLT caracteriza-se pelo descumprimento de ordens gerais de serviço, contidas em portarias, códigos de ética, instruções gerais da empresa, regulamentos etc”¹⁵. Alinhado, aduz Sergio Pinto Martins que, “A indisciplina no serviço diz respeito ao descumprimento de ordens gerais de serviço”¹⁶. A ordem geral seria de apresentar comprovante de vacinação ou de se vacinar contra a COVID-19.

Em seu complemento, a outra tese recorrente para justificar a justa-causa seria a alegativa de falta grave por insubordinação por parte do funcionário que deixa de apresentar o cartão de vacinação e/ou deixa de se vacinar em descumprimento de ordem específica e direta feita pelo empregador para fazê-lo. Tal falta grave seria a prevista na alínea “h” do artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Leciona Carlos Henrique Bezerra Leite que a “insubordinação que pode justificar a justa causa prevista na alínea h do art. 482 da CLT diz respeito ao descumprimento de ordens legais, pessoais e diretas feitas pelo empregador”.¹⁷ Alinhado, aduz Sergio Pinto Martins que a “insubordinação está ligada ao descumprimento de ordens pessoais de serviços específicas. Não são ordens gerais do próprio empregador, mas ordens do chefe, do encarregado, ligadas ao serviço, como o fato de o empregado não fazer serviço que lhe foi determinado no dia”¹⁸.

Tais teses, vale afirmar, alinham-se à Tese de Repercussão Geral nº. 1.103 do Supremo Tribunal Federal, das normas pertinentes à saúde pública, da legislação trabalhista e da inclusão das vacinas contra a COVID-19, a PNOVC/MS no Plano Nacional de Imunização (PNI) que estabelece como constitucional a obrigatoriedade de imunização e permite a exigência da vacinação e comprovação de cumprimento da exigência por parte do empregador. Nesse sentido, cumpre aferir a letra da decisão que estabelece que:

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do Trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, fl.660.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto; Direito do trabalho / Sergio Pinto Martins. 36. Ed. – São Paulo - SP: Editora Saraiva Educação, 2020, fl. 604.

¹⁷ LEITE, *Ibidem*, fl.661.

¹⁸ MARTINS, *Ibidem*, fl. 605.

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar¹⁹.

Ora, sendo constitucional a cobrança da vacinação por parte do empregador e sendo-lhe permitido cobrar o comprovante de vacinação como ordem direta, aquele que não obedece à ordem direta cometeria falta grave de insubordinação, ao passo que também seria válida a regra geral estabelecida pela empresa de exigir a exibição a vacinação e a comprovação da vacinação e aquele que, sem justo motivo, não obedecer a regra geral da empresa comete a falta grave de indisciplina. Qualquer das situações é ensejadora de demissão por justa causa nos termos da alínea “h” do artigo 482 da CLT. Corroborando ao exposto:

Inicialmente devo registrar que o entendimento deste julgador é de que se um empregado se recusar injustificadamente a tomar a vacina, está incidindo em falta grave (insubordinação), já que sua atitude põe em risco não só sua saúde, mas também a saúde de todos as pessoas que o cercam, inclusive colegas de trabalho.²⁰

41

Corroborando a tal pensamento o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região proferiu decisão em que, reconhece que houve disposição na Lei nº 13.979/2020, que prevê a possibilidade de vacinação compulsória, *in verbis*:

A despeito das alegações da reclamante no sentido de que não poderia ser obrigada a tomar a vacina, porque não existe lei que a obrigue, é preciso consignar que em 07/02/2020 foi publicada a lei 13.979/2020, que dispõe justamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública mundial deflagrada do novo coronavírus. Veja-se que o referido regramento, previu, em seu artigo 3º, inciso III, a possibilidade de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas baseadas em evidências científicas.

Com efeito, a vacinação em massa da população contra a COVID19 se constitui como medida emergencial que vem sendo adotada pelas autoridades de saúde pública de todo o mundo, no claro intuito de proteger a população em geral, evitar a propagação de novas variantes, bem como reduzir o contágio, diminuir as interações e óbitos e possibilitar o retorno da sociedade para as suas atividades laborativas, comerciais, empresariais, acadêmicas e familiares.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal - ARE: 1267879 SP, Relator: Roberto Barroso, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021.

²⁰ Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região - RO: 00001229020215060161, Relatora: Gisane Barbosa de Araújo, Data de Julgamento: 10/03/2022, Quarta Turma, Data de Publicação: 10/03/2022

Ademais, convém destacar que o C. STF já se manifestou no sentido de que a vacinação obrigatória se afigura como conduta legítima, desde que as medidas profiláticas observem os critérios constantes do regramento supracitado, em especial o direito à informação, ao tratamento gratuito, entre outros, conforme se infere da decisão transcrita pelo magistrado de origem na fundamentação da sentença prolatada no primeiro grau.

Nesse passo, em se tratando de doença altamente contagiosa, que ensejou uma grave pandemia que vem sendo duramente combatida no mundo todo, e que causou o colapso do sistema de saúde em geral (escassez de vagas, elevação no número de internações hospitalares, falta de leitos de UTI, necessidade de compra de respiradores, oxigênio, medicamentos, contratação de profissionais de saúde) e ocasionou um aumento expressivo do número de óbitos, sem falar nos incontáveis prejuízos para a economia global, incluindo, por óbvio o fechamento de estabelecimentos comerciais, empresas e até mesmo a diminuição expressiva de postos de trabalho, não há como acolher a tese recursal suscitada pela apelante, no sentido de que, mesmo trabalhando na linha de frente e com vacina disponibilizada de forma gratuita pelo Governo, seu interesse pessoal, consubstanciado na simples recusa da vacina, sem a apresentação de qualquer justificativa, deve prevalecer sobre o interesse coletivo.²¹

42 Além disso, urge destacar que o mesmo tribunal se manifestou pela possibilidade de exigência da vacinação no instante que entende que a mesma é crucial nesse momento emergencial para proteger a população. Isso posto, mesmo que tacitamente, entende que a recusa à ordem, geral ou específica, constitui falta grave nos termos da alínea “h” do Art. 482 da CLT, visto que manteve a demissão por esse fundamento.

4.4. Das teses sustentadas para a possibilidade de demissão por justa causa: da primazia da proteção à sociedade em prevalência sobre os interesses individuais ou de classe

Nenhum interesse de classe, posição particular, convicção religiosa, filosófica, política ou temor subjetivo do empregado pode prevalecer sobre o direito da coletividade de obter imunização coletiva pelas vacinas previstas no programa nacional de vacinação. Em síntese, a fundamentação lógica da primazia da proteção à sociedade em prevalência sobre os interesses individuais ou de classes podem ser sintetizadas nessa máxima que se embasa no *caput* do artigo 8º da CLT, que aduz:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito

²¹ Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região- Recurso Ordinário Sum: 10001222420215020472 SP, Relator: Roberto Barros da Silva, 13ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 19/07/2021

comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público²².

Tal posição, pode-se aferir, parte de um pressuposto ideológico claro: o interesse coletivo, no caso, deve prevalecer sobre o interesse individual. Isso pode ser percebido nas palavras claras do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do recurso sobre o casal de São Paulo para deixar de vacinar o filho, que asseverou:

Não é legítimo em nome de um direito individual, que seria a liberdade de consciência, frustrar o direito da coletividade, mas não um direito abstrato, é o direito de cada um individualmente de não estar exposto à contaminação por uma doença que poderia ser evitada mediante vacinação, o poder familiar, que antigamente era referido como pátrio poder, não autoriza que os pais invocando convicção filosófica coloquem em risco a saúde dos filhos.²³

Vale dizer que a posição adotada não é a de que a liberdade de consciência não é relevante ou legalmente protegida pelo ordenamento, mas que, ante o cenário de calamidade pública que era vivenciado e o risco inerente que aquela liberdade de consciência poderia representar a terceiros, priorizou-se a garantia da vida do coletivo, visando salvar o maior número possível de pessoas, isto é, não fora extinto o direito de liberdade de consciência protegido pela Carta Magna, apenas houve um sopesamento entre os direitos individuais e coletivos e, no caso real, prevaleceram os interesses coletivos. Nesse sentido, *in verbis*:

43

A origem agiu com acerto ao indeferir a rescisão indireta do contrato de trabalho, à vista da clarividente prevalência do interesse coletivo e de saúde pública em face da grave pandemia que assola o mundo, em detrimento de seu interesse individual, não desconsideradas suas convicções ideológicas, especialmente por se ativar a reclamante em clínica que dispensa cuidados a idosos, categoria da maior vulnerabilidade e letalidade quando infectada pelo Sars-Cov-2, causador da Covid-19.

Referiu a Nobre Sentenciante, com propriedade, que o Supremo Tribunal Federal não se está alheio à questão e já deliberou acerca da vacinação compulsória nas ADIs 6586 e 6587, decidindo pela constitucionalidade do dispositivo (art. 3º, II, d, da Lei nº 13.979/2020 - medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública do coronavírus) que autoriza a vacinação compulsória (mas não forçada), permitindo, inclusive, medidas indiretas, como restrição ao exercício de atividades. E fixou tese, no ARE 1267879, apreciando o Tema 1.103, acerca do direito à recusa por convicções ideológicas ou religiosas, no sentido de que

²² BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943, art. 8º

²³ STF decide que a vacina contra o coronavírus é obrigatória. Jornal Nacional, 4 de abril de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/12/17/stf-decide-que-a-vacina-contr-o-coronavirus-e-obrigatoria.ghtml>.

""É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.²⁴

Nesse sentido também, em acórdão que decidiu pelo reconhecimento da justa causa por insubordinação e desídia a funcionário que não se vacinou por escolha e faltava injustificadamente, o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª região asseverou em sede de decisão que:

No que diz respeito à negativa em tomar a vacina contra a Covid-19, este ato deve ser considerado gravíssimo, tendo em vista que o recorrente colocou em risco não apenas a sua saúde e vida como também a de seus colegas de trabalho e de toda a comunidade onde convive, considerando ser público e notório que o vírus da Covid-19 é altamente contagioso e somente a vacina, juntamente com as medidas protetivas indicadas pela Organização Mundial de Saúde são suficientes para combater a pandemia.²⁵

Por fim, vale relembrar as palavras postas na decisão paradigma, *in ver-*

44 | *bis:*

Nesse passo, em se tratando de doença altamente contagiosa, que ensejou uma grave pandemia que vem sendo duramente combatida no mundo todo, e que causou o colapso do sistema de saúde em geral (escassez de vagas, elevação no número de internações hospitalares, falta de leitos de UTI, necessidade de compra de respiradores, oxigênio, medicamentos, contratação de profissionais de saúde) e ocasionou um aumento expressivo do número de óbitos, sem falar nos incontáveis prejuízos para a economia global, incluindo por óbvio o fechamento de estabelecimentos comerciais, empresas e até mesmo a diminuição expressiva de postos de trabalho, não há como acolher a tese recursal suscitada pela apelante, no sentido de que, mesmo trabalhando na linha de frente e com vacina disponibilizada de forma gratuita pelo Governo, seu interesse pessoal, consubstanciado na simples recusa da vacina, sem a apresentação de qualquer justificativa, deve prevalecer sobre o interesse coletivo.²⁶

²⁴ Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região – Recurso Ordinário em procedimento sumaríssimo: 00100916820215150068 0010091-68.2021.5.15.0068, Relator: Rosemeire Uehara Tanaka, 3ª Câmara, Data de julgamento, 20/07/2021, Data de Publicação: 22/07/2021.

²⁵ Tribunal Regional do Trabalho da 11ª região – Recurso ordinário 00001687920215110019, Relatora: Solange Maria Santiago Morais, 1ª Turma. Sessão de Julgamento Virtual realizada no período de 2 a 7 de dezembro de 2021

²⁶ Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região- Recurso Ordinário Sum: 10001222420215020472 SP, Relator: Roberto Barros da Silva, 13ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 19/07/2021

5. NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

No presente caso, encontramos a situação regulamentada pela Portaria nº 620 do Ministério do Trabalho e da Previdência, que estabeleceu enquanto discriminatória a dispensa por justa causa ao funcionário que não apresentar comprovante de vacinação e estabeleceu as punições possíveis em caso de ocorrência; pela Consolidação das Leis Trabalhistas, em especial aos artigos 8º e 482; pela Constituição Federal de 1988, em especial os princípios da liberdade de consciência, o princípio da primazia do coletivo, primazia da importância da vida; pela lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. É imperioso destacar que a portaria MTP nº 620 encontra-se, em boa parte, suspensa em face a medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal.

6. ANÁLISE CRÍTICA

Ante o embate em campo entre as teses, que ainda é carente de continuidade ante uma posição final vinculante do Supremo Tribunal Federal e por parte do Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho por todo o país parecem ter uma posição definida que pode-se aferir ante as jurisprudências já produzidas que pode-se aferir na decisão paradigma desse trabalho: será aceita a aplicação da pena de justa-causa para os funcionários que se recusarem vacinar e/ou comprovar a vacinação contra a COVID-19 por motivos que não sejam médicos.

Vale destacar que tais decisões, outrora inovadoras e matérias em grandes jornais, tornam-se cada vez mais habituais ante essa posição que aparentemente será dominante. Tendo em vista o controle da pandemia após o implemento da vacinação e os riscos graves que a pandemia representou a toda a população global, a legalidade da exigência da comprovação da vacinação por parte das empresas e a legalidade da demissão por justa-causa àqueles que se recusarem a administrar a vacina mostra-se como ato assertivo. Vale lembrar que, por mais que seja permitido ao indivíduo viver sem a vacina, é plenamente válida a regra social da vacinação para viver em sociedade se assim for interesse da maioria. Assim funciona uma democracia e não é imoral desde o instante que o que se busca garantir é a segurança que uma escolha de consciência de um indivíduo seja capaz de ameaçar as vidas de terceiros, afinal, sob um olhar principiológico, o bem jurídico mais importante do ordenamento é a vida

humana. Mostram-se, com fulcro no exposto, assertivas as decisões de deferir a justa causa.

Além disso, sob um aspecto legalista, a sustentação para a demissão por justa-causa para o funcionário que não se vacinar e não comprovar vacinação mostra-se medida cabível desde o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em decidir que o comprovante de vacinação é medida exigível, isto é, do instante que fora dissolvida a dúvida se é ou não possível haver a cobrança do comprovante da vacina, é permissível à empresa cobrar, em regra geral ou comando específico a um funcionário, a apresentação do comprovante e o seu não atendimento por motivo justificável enseja o reconhecimento das faltas graves previstas na alínea “h” do artigo 482 da CLT.

7. CONCLUSÃO

Em meio a essa pandemia global que vivemos, a divergência de opiniões entre a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19 e a possibilidade de demissão por justa-causa para aqueles que, por liberdade de consciência, recusam-se a se submeter à vacinação e/ou a comprovar a vacinação fora um tema de amplo debate em toda a sociedade.

Nesse cenário, sobretudo por envolver o risco à população enquanto um coletivo, os tribunais posicionaram-se contrariando o governo e sinalizaram que sua prioridade é o coletivo, visando proteger o maior número possível de vidas, mesmo que para isso seja sacrificada um tanto da liberdade individual de divergentes. Tal posição, que era brandida nos eloquentes discursos dos ministros das cortes superiores, ecoam por tribunais trabalhistas à medida que, cada vez mais, é possível encontrar jurisprudência reconhecendo demissões por justa causa por não comprovação da vacinação. Estamos, possivelmente, a caminho de solidificar um pacífico posicionamento que teve suas bases legais criadas pelas jurisprudências analisadas.

Vale dizer que, como dito, parece haver uma possibilidade legal para serem válidas as demissões por justa-causa embasadas em decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que aguardam transitar em julgado, motivo pelo qual a pacificação do tema parece ser apenas uma questão de tempo. Não se nega a importância da liberdade enquanto um preceito fundamental da vida que nos define enquanto humanos, entretanto, priorizar a liberdade de consciência fundamentada em erros científicos ao custo de vidas de terceiros não

parece adequado, pois, entende-se que liberdade é um conceito negativo, segundo o qual o indivíduo pode fazer o que quiser consigo se não causar qualquer dano indevido a terceiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2022;

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Acesso em 03 abr. de 2022;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região- Recurso Ordinário Sum: 10001222420215020472 SP, Relator: Roberto Barros da Silva, 13ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 19/07/2021. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256003211/recurso-ordinario-rito-sumarissimorrorsum-10001222420215020472-sp/inteiro-teor-1256003220>>. Acesso em 08 de abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região – Recurso Ordinário: 00001229020215060161, Relatora: Gisane Barbosa de Araújo, Quarta Turma, Data de Julgamento: 10/03/2022, Data de Publicação: 10/03/2022. Disponível em <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1431496520/recurso-ordinario-rito-sumarissimoro-1229020215060161/inteiro-teor-1431496530>>. Acesso em 08 de abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª região – Recurso ordinário 00001687920215110019, Relatora: Solange Maria Santiago Morais, Primeira Turma. Sessão de Julgamento Virtual realizada no período de 2 a 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1346333240/1687920215110019/inteiro-teor-1346333249>>. Acesso em 08 de abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região – Recurso Ordinário em procedimento sumaríssimo: 00100916820215150068 0010091-68.2021.5.15.0068, Relator: Rosemeire Uehara Tanaka, 3ª Câmara, Data de julgamento, 20/07/2021, Data de Publicação: 22/07/2021. Disponível em: <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1252163243/rorsum-100916820215150068-0010091-6820215150068/inteiro-teor-1252163252>>. Acesso em 08 de abr. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – Agravo de instrumento em Recurso de Revista, IRR: 118711720165030112, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 20/03/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559905158/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-118711720165030112>>. Acesso em 03 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADPF: 898 DF 0063967-95.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/11/2021, Data de Publicação: