

REVISTA ELETRÔNICA



JUSTA CAUSA

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargadora
ANA CAROLINA ZAINA

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
ARION MAZURKEVIC

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargador
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

COORDENAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social

EDITORA

Patrícia Eliza Dvorak

DESIGN EDITORIAL

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano XI - 2022 - n.107

EDITORIAL

A edição deste mês da Revista trata da Justa Causa aplicada ao trabalhador.

Georgenor de Sousa Franco Filho examina a relevante questão da necessidade de vacinação das pessoas, especialmente do trabalhador, com o objetivo de evitar a disseminação do vírus da Covid-19.

Adriano Marcos Soriano Lopes e Solainy Beltrão dos Santos analisam se o instituto da exceção da verdade pode ser utilizado em reclamatória trabalhista com o fim de fundamentar a reversão da falta grave cometida pelo empregado.

Valdete Souto Severo analisa a hipótese de justa causa e suas consequências jurídicas, a partir da ótica constitucional e do reconhecimento da importância do emprego, em uma sociedade de trabalho obrigatório.

Ana Cláudia Barbosa Dias busca empreender uma análise quanto à amplitude do poder diretivo do empregador no contexto de imunização compulsória contra a COVID-19.

Felipe Probst Werner e Veridiana Toczeki Santos buscam esclarecer se a Justiça do Trabalho, diante da superveniência da Emenda Constitucional 45/2004 é a competente para julgar as causas envolvendo relação jurídica entre representante e representado.

Camila Vanzela Garcia Otaviano e Fabíola Marques investigam a possibilidade de aplicação da penalidade máxima – rescisão do contrato de trabalho por justa causa – diante da recusa injustificada em fazer uso da vacina à luz dos princípios constitucionais da liberdade x dignidade humana e o direito à vida, o direito social à saúde e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- | | |
|----|--|
| 06 | Vacinação e segurança do trabalho - Georgenor de Sousa Franco Filho |
| 24 | A exceção da verdade como instrumento para reversão da justa causa - Adriano Marcos Soriano Lopes e Solainy Beltrão dos Santos |
| 40 | Discussões sobre as consequências da justa causa nas relações de trabalho - Valdete Souto Severo |
| 59 | Recusa à vacinação contra a Covid-19 no âmbito das relações de trabalho: limites da liberdade individual do trabalhador em tempos de pandemia - Ana Cláudia Barbosa Dias |
| 98 | Da (in)competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas envolvendo relação jurídica entre representante e representado - Felipe Probst Werner e Veridiana Toczeki Santos |
| 77 | Obrigatoriedade de vacinação contra a Covid-19 e a possibilidade de demissão por justa causa em caso de recusa injustificada - Camila Vanzela Garcia Otaviano e Fabíola Marques |

VACINAÇÃO E SEGURANÇA DO TRABALHO

Georgenor de Sousa Franco Filho

RESUMO

Este artigo examina a relevante questão da necessidade de vacinação das pessoas, especialmente do trabalhador, com o objetivo de evitar a disseminação do vírus da Covid-19, Cuida-se da eventual recusa de empregadores e empregados de receberem a vacina destinada a obstar a contaminação que tem levado a óbito milhares de pessoas no Brasil e fora dele. Por igual, realiza-se análise de diversas regras editadas no Brasil a fim de dispor sobre os vários critérios de vacinação.

Palavras-chave: Covid-10. Vacinação. Justa causa. Meio ambiente. Saude e segurança do trabalho

ABSTRACT

This article examines the relevant question of the need for vaccination of people, especially workers, with the aim of preventing the spread of the Covid-19 virus. It takes care of the eventual refusal of employers and employees to receive the vaccine intended to prevent the contamination that has led to the death of thousands of people in Brazil and abroad. Likewise, an analysis of several rules issued in Brazil is carried out in order to provide for the various vaccination criteria.

Keywords: Covid-10. Vaccination. Just cause. Environment. Health and safety

Georgenor de Sousa Franco Filho

Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Honoris Causa e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro de Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Brasileira de Seguridade Social, da Asociacion Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

SUMÁRIO

1. Breves linhas sobre a história das pandemias e das vacinas. 2. As diversas regras de vacinação. 3. Recusa à vacinação e seus efeitos. 4. Importância da vacinação e a segurança do trabalho. 5. Conclusão.

BREVES LINHAS SOBRE A HISTÓRIA DAS PANDEMIAS E DAS VACINAS

A humanidade busca, desde sempre, viver em paz e harmonia. Atribui-se a Flávio Vegécio o provérbio latino *si vis pacem, para bellum*, isto é, se queres a paz, prepara-te para a guerra.

Um movimento cíclico no mundo faz ocorrer, de tempos em tempos, por razões concretamente desconhecidas, intemperes e danos a todos. São as chamadas pandemias e remédio para curar esses males chama-se vacina.

Desde pelo menos dezembro de 2019, surgiram, em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, as primeiras vítimas de um novo coronavírus, gerador de uma doença que foi formalizada como Covid-19¹ ou Sars-Cov-2, que, em janeiro seguinte alcançou a Europa e, em seguida, o restante do planeta, atingindo sobretudo pessoas do chamado grupo de risco (maiores de sessenta anos de idade e portadores de comorbidades) espalhou-se rapidamente por todos os continentes².

A palavra *pandemia* origina-se do grego, formada com o prefixo neutro *pan* e *demos*, que significa povo, e apareceu pela primeira vez em Platão, na obra *Das Leis*, e também por Aristóteles, referindo-se a um evento que alcançasse toda a população, sem, no entanto, possuir conotação com doenças e epidemias como a que vive a humanidade atualmente.

Quando buscamos na história as várias pandemias que atingiram nosso pequeno mundo, encontramos na Idade Antiga o registro que pode identificar a primeira delas, que ocorreu entre 430 e 427 a.C., aquando da guerra do Peloponeso, chamada de *peste* ou *praga de Atenas* ou *do Egito*, uma epidemia de febre tifoide que

1 Trata-se do acrônimo de Corona Virus Disease (Doença do Coronavírus), surgido em 2019. Daí: COVID-19.

2 V. os efeitos da pandemia pelo mundo no nosso Os principais impactos no mundo do trabalho decorrentes da pandemia do COVID-19, in São Paulo, Revista LTr, 89/4, abril.2021, pp. 1078-1088.

mantou 2/3 da cidade grega.

Seguiu-se a *peste de Cipriano*, nome do bispo de Cartago, que se iniciou em 250 a.C., e, da Etiópia, atingiu norte da África, alcançou o Egito e chegou a Roma.

Um grande surto de varíola ou sarampo dizimou muitos milhares entre 165 a.C. e 180 a.C.. Era a *peste Antonina* ou *de Galeno*, que se atingiu todo o Império Romano.

A *praga de Justiniano* iniciou no Egito e espalhou-se por todo o império Bizantino, entre os anos 541 e 750 d.C., foi o primeiro caso de peste bubônica e levou a óbito cerca de 50 milhões de pessoas (26% da população mundial da época) ³.

Grandes outras pestes têm minado a humanidade ao longo da sua história. A *peste negra*, também chamada de *bubônica*, matou, de 1333 a 1351, aproximadamente 50 milhões de pessoas na Europa e Ásia.

O século XIX e XX registraram grandes pandemias: a peste de *cólera*, com centenas de milhares de mortos, de 1817 e 1924; a tuberculose, que durou um século, de 1850 a 1950, vitimando um bilhão de pessoas; a *varíola*, matando 300 milhões de pessoas, entre 1896 e 1980; a *gripe espanhola*, em dois anos (1918 e 1919), tirou a vida de 20 milhões de seres humanos; a epidemia de tifo tirou a vida de três milhões de pessoas, entre 1918 e 1922, na Europa Oriental e Rússia; na Etiópia, entre os anos 1960 e 1962, trinta mil pessoas morreram numa epidemia de febre amarela; até 1963, o *sarampo* matou seis milhões de pessoas por ano; desde 1980, registram-se três milhões de mortos por ano, vítimas de malária; a AIDS matou, desde 1981, 35 milhões de pessoas, e, por fim, a gripe H1N1, surgiu em 2009 e vitimou 203 mil pessoas.

Existem, porém, atualmente muitas outras doenças como o Ébola, o Zika, a Dengue e o Chikungunya que são patologias de preocupação mundial, e, que ainda matam milhares de pessoas em nosso planeta.

Esse é o quadro, verdadeiramente aterrador, das pandemias que tem atingindo a humanidade e, para curar esses males o remédio é simples e se chama *vacina*, termo que deriva do latim *vaccinus*, significando derivado de vaca. Trata-se de uma forma de imunização que consiste em introduzir microorganismos patogênicos, mortos ou atenuados, o agente causador da doença ou substâncias que esses agentes

³ V., a respeito, <https://www.medicina.ulisboa.pt/newsfmul-artigo/99/epidemias-e-pandemias-na-historia-da-humanidade>. Acesso em 9.5.2021

produzem no corpo da pessoa, no organismo humano de modo a estimular a criação pelo sistema imunológico de anticorpos e células de memórias contra determinado agente infectante.

Foi a vacina criada por Edward Jenner quem descobriu a primeira que se tem registro: a descoberta, em 1796, da vacina da varíola, alterando-se, então, os critérios para prevenir doenças.

Em 1885, Louis Pasteur, pesquisando o vírus da raiva, descobriu o imunizante contra esse mal. Logo após, a partir de 1888, pesquisadores europeus descobriram a vacina tríplice, contra difteria, tétano e coqueluche.

Em nosso país, as primeiras tentativas de aplicar imunizantes ocorreram em 1811, na regência do futuro rei D. João VI, quando foi criada a Junta Vacínica da Corte.

No início do período republicano, criou-se o Instituto Vacínico Municipal, no Rio de Janeiro e ocorreu a conhecida Revolta da Vacina, marcante evento da Primeira República, ocasionado a partir da sanção da Lei n. 1.261, de 1904, pelo Presidente Rodrigues Alves, que tornou obrigatória a vacinação contra a varíola, destacando-se, nesse aspecto, a importante figura do médico e cientista Oswaldo Cruz.

A ciência permitiu a descoberta de remédios (vacinas) para muitos males, mas não para todos. Assim, quando se alastrou a pandemia da Covid-19, em fevereiro de 2020, a preocupação era encontrar a cura desse mal altamente contagioso e manter o emprego de cada trabalhador. Por conta desses temores, muita gente (alguns milhões) adoeceu e até morreu, e milhões amargam o desemprego, inclusive no Brasil.

Descoberta a vacina, levanta-se a questão da sua aplicação obrigatória a todas as pessoas e o direito de cada qual de se recusar a ser vacinado. Vacinada, a pessoa fica, em tese, imune a esse vírus letal, porém, alguns entendem que podem apresentar danos e, em consequência, pretendem ter o direito de não se deixar vacinar.

Em 17 de janeiro de 2021, finalmente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em decisão colegiada unânime, pautada por critérios científicos, autorizou, ainda que em caráter emergencial, o uso das vacinas CoronaVac (produzida pelo Instituto Butantan em parceria com o laboratório chinês Sinovac) e AstraZeneca (produzida em parceria da Fiocruz com a Universidade de Oxford) no Brasil, e, paulatinamente, em lamentável passo de cágado, as pessoas têm sido lentamente vacinadas. Aproximamos de 20% da população brasileira.

2. AS DIVERSAS REGRAS DE VACINAÇÃO

A necessidade de vacinação está diretamente relacionada com higiene, saúde e segurança do trabalho. Essa preocupação é demonstrada no direito do trabalho em geral, porque o bem-estar dos trabalhadores é sinônimo de boas práticas do empregador, proporcionando, assim, melhores nas relações interpessoais e também com terceiros e a sociedade.

No direito português, após o Código do Trabalho de 2009, várias medidas foram tomadas, como observado por Maria do Rosário Palma Ramalho, valendo referir,

o novo regime dos acidentes do trabalho e doenças profissionais (L. n. 98 /2009, de 4 de setembro), que veio regulamentar o art. 284º do CT e substituir a L. 100/97, de 13 de setembro; ...; o regime de promoção da segurança e saúde do trabalho (l. n. 102/2009, de 10 de setembro) que veio regulamentar o art. 284º do CR, no tocante aos aspectos de prevenção, bem como os arts. 62º, nº 6 e 72º nº 6, também do CT, referentes à proteção a saúde das trabalhadoras gestantes, puérperas e lactantes e dos trabalhadores jovens, respectivamente ⁴.

A Justiça dos Estados Unidos da América possui precedente onde a Juíza Federal Lynn Hughes indeferiu ação de 117 empregados do Hospital Methodist de Houston, no Texas, que pretendiam não ser compulsoriamente vacinados, tendo em vista que as vacinas seriam ainda experimentais, porque ainda sem aprovação total da *Food and Drug Administration* (F.D.A.) (a ANVISA dos EUA). Vinte e cinco mil empregados do mesmo hospital foram vacinados e mais 178 foram suspensos por se recusarem à cumprir a exigência. Em suas razões de decidir, a Juíza Hughes ressaltou que as normas do hospital são legítimas e consistentes com as políticas públicas de saúde vigentes no estado ⁵.

Na Itália, conquanto não cuide de vacinação, sentença do Tribunal de Veneza, de 4 de junho de 2021, considerou legítima o ato patronal de punir empregado que

4 PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. Tratado de direito do trabalho (I). 4ª ed., Lisboa, Almedina, 2015, p 120

5 Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/06/funcionarios-de-hospital-nos-eua-perdem-acao-na-justica-e-serao-obrigados-a-se-vacinar.shtml>. Acesso em 15.6.2021.

se recusou a usar máscara de proteção facial no ambiente de trabalho ⁶. Importante, nesse aspecto específico, lembrar que no TRT da 3ª Região, não foi reconhecida prática de falta de grave no proc. 0010517-02.2020.5.03.0181, foi mantida a decisão de 1º grau, vendido o relator, Desembargador Marcos Penido de Oliveira, que reconheceu a prática de insubordinação ⁷.

No Brasil, o direito ao meio ambiente sadio é de todos, como previsto no *caput* do art. 225 da Constituição de 1988, determinando:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Paralelamente ao esse meio ambiente dito sadio, está a saúde, direito social contemplado no art. 6º da Constituição, regido pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que promovem, protegem e recuperem as pessoas, achando-se concebido na forma do art. 196 da Lei Fundamental, que dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

É singelo então deduzir que manter o meio ambiente em condições adequadas e sadias e proporcionar acesso de todos a recursos de saúde é indispensável para a vida e sobrevivência da população.

Assim considerando, então, surge a indispensável necessidade de vacinar a todos para evitar que ocorram mais adoecimentos e óbitos decorrentes da contaminação por Covid-19.

6 Trata-se de sentença proferida na controvérsia n. 1870 Reg. Gen.2020, de 4.6.2021 (Juiz Barbara Bortot), do Tribunal de Veneza (Itália).

7 Cf. <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010517-02.2020.5.03.0181/2>. Acesso em 13.7.2021. Segundo informa o portal do TRT da 3ª Região, houve desistência do recurso de revista e retornou o processo ao 1º grau, tendo sido celebrado acordo entre as partes.

O STF apreciou as ADIs ns. 6.586-DF e 6.587-DF e o ARE n. 1.267.879, cujo objeto era o direito de recusa a imunização por razões filosóficas ou religiosas. O relator, Min. Ricardo Lewandowski, entendeu constitucional a vacinação compulsória, sem, no entanto, importar em uso da força para esse procedimento. Nesse sentido, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei n. 13.979, possuindo os arestos a seguinte ementa:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.⁸

Grifamos parte do n. V da ementa acima transcrita porque demonstra o alcance da decisão. E, do julgado, infere-se que ficou espancada a pretensão de invocar o art. 5º, II, da Constituição ⁹, porque existe lei prevendo a vacinação compulsória e esta foi considerada constitucional, e nem se pretenda cogitar de violação a liberdade de pensamento ou religião, invocando razões de fé ou de ideologia, porque, como reconhecido, o direito de recusa é relativo.

Aliás, em seu voto convergente, o Min. Luís Roberto Barroso assinala inexistir contrariedade ao art. 5º, VI, constitucional quando considera inviolável a liberdade de consciência e de crença, porque irrelevante para a discussão travada. Portanto, devemos considerar a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença como um direito fundamental. Tampouco foi violado o n. VIII do mesmo artigo, porque não há privação 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 ¹⁰, e,

8 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>. Acesso em 14.5.2021. Os grifos são nossos.

9 Dispõe o art. 5º, II, da Constituição: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

10 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.>

evidente, esse não é o caso.

Os Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil começaram a apreciar recursos ordinários versando sobre a aplicação de falta grave para dispensar o empregado que se recusa a receber a vacina. O TRT da 2ª Região (São Paulo, capital), em acórdão da lavra do Desembargador Roberto Barros da Silva. Auxiliar de limpeza de um hospital, a trabalhadora recusou-se a receber as doses de vacina contra a Covid-19, sendo dispensa por violação do art. 482, *h*, da CLT. A sentença de primeiro grau, que reconheceu justo o despedimento da obraira foi unanimemente confirmada pelo Regional ¹¹.

A Norma Regulamentadora (NR) n. 32, com a redação da Portaria MTb n. 485, de 11.11.2005 e atualizações subsequentes ¹², destina-se a *estabelecer as diretrizes básicas para a implementação de medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde, bem como daqueles que exercem atividades de promoção e assistência à saúde em geral* (item 32.1.1.). Adiante, ao tratar da vacinação dos trabalhadores (32.2.4.17), apresenta as várias regras para esse procedimento, incluindo o seu fornecimento gratuito (32.2.4.17.1), referindo-se às doenças mais tradicionais (tétano, difteria, hepatite B), e estendendo-se a outras vacinas eficazes para outros casos, seguindo as recomendações do Ministério da Saúde (32.2.4.17.4). Ao empregador cabe informar a seus empregados sobre vantagens, efeitos colaterais e riscos da vacina (32.2.4.17.5), devendo ser fornecido ao trabalhador o comprovante das vacinas recebidas. (32.2.4.17.7). Permitiu essa NR que o empregador insira outras vacinas no seu PCMSO ¹³.

Complementarmente à NR 32, a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA Nº 04/2020, emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ¹⁴, tratou não de vacinação para o pessoal da saúde, e sim, pormenorizadamente, dos tipos de diversos EPIs para serem fornecidos aos profissionais de saúde e apoio, considerando

.....
pdf. Acesso em 14.5.2021

11 Trata-se do Prof. TRT 2ª Região - 13ª Turma - ROSum 1000122-24.2021.5.02.0472, de 29.7.2021 (Cristiane Aparecida Pedrosa vs. Guima - Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda.). Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000122-24.2021.5.02.0472/2>. Acesso em 20.7.2021

12 Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-32.pdf/view>. Acesso em 15.5.2021

13 O PCMSO é o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, regulamentado pela NR-7 do antigo Ministério do Trabalho, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

14 O texto atualizado, até 25.2.2021, dessa importante nota técnica, está disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-gvims_ggtes_anvisa-04_2020-25-02-para-o-site.pdf/view, Acesso em 8.5.2021

os riscos da atividade:

- a) profissionais de saúde: higiene das mãos com água e sabonete líquido ou com preparação alcoólica a 70%; disponibilizando-se óculos de proteção ou protetor facial (face shield); máscara cirúrgica; avental impermeável e luvas de procedimento;
- b) profissionais da saúde (procedimentos geradores de aerossóis): higiene das mãos com água e sabonete líquido ou com preparação alcoólica a 70%; disponibilizando-se óculos de proteção ou protetor facial (face shield); avental impermeável; luvas de procedimento, gorro e máscara Respirador particulado (tipo N95, N99, N100, PFF2 ou PFF3) ou equivalente, quando da realização de procedimentos geradores de aerossóis como, por exemplo, intubação ou aspiração traqueal, ventilação não invasiva, ressuscitação cardiopulmonar, ventilação manual antes da intubação, coletas de amostras nasotraqueais e broncoscopias;
- c) profissionais de apoio (nutrição, higiene e etc.): higiene das mãos com água e sabonete líquido ou preparação alcoólica a 70%; disponibilizando-se óculos de proteção ou protetor facial (face shield); máscara cirúrgica; avental e luvas de procedimento, e; gorro, em caso de procedimentos que geram aerossóis.
- d) profissionais de apoio - recepção e seguranças (que precisem entrar em contato, a menos de 1 metro, dos pacientes suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus): higiene das mãos com higiene das mãos frequente com água e sabonete líquido ou preparação alcoólica a 70%; disponibilizando-se máscara cirúrgica (se não for possível manter a distância de um metro dos pacientes com sintomas gripais). As máscaras deverão ser trocadas, durante o turno de trabalho se estiverem úmidas ou sujas.
- e) profissionais de apoio: higiene e limpeza ambiental (quando realizar a limpeza do quarto/área de isolamento): higiene das mãos com higiene das mãos frequente com água e sabonete líquido ou preparação alcoólica a 70%; disponibilizando máscara cirúrgica; óculos de proteção ou protetor facial (face shield); avental e luvas de borracha com cano longo, botas impermeáveis de cano longo e gorros, em caso de procedimentos que geram aerossóis.

Constata-se, portanto, que existe regramento rigoroso para o setor da saúde em geral (hospitais, unidades de pronto atendimento, prontos-socorros e similares). Essa situação se refere, evidente, a esse tipo específico de atividade, mas a questão pandêmica vai para além e garante a necessidade de imunizar a maior parte da população.

Com efeito, as questões que se propõem podem ser as seguintes: é possível exigir a vacinação do empregado para ingressar e permanecer nas dependências das empresas? E vice-versa?

3. RECUSA À VACINAÇÃO E SEUS EFEITOS

Temos, assim, que esse aspecto (a recusa à vacinação) é preocupante e nos coloca diante de duas situações semelhantes, porém, com seus personagens em polos diferentes. No primeiro caso, o empregado que se recusar a receber a vacina comete falta grave e pode ser dispensado do emprego? No segundo, o empregador que não se deixa vacinar pode ensejar que o seu empregado se considere indiretamente dispensado?

Estamos diante de possíveis faltas graves cometidas pelo empregado (a primeira) e pelo empregador (a segunda). Essas faltas graves levam à justa causa para o rompimento do liame empregatício, valendo lembrar, todavia, que, como escreveu o saudoso Evaristo Moraes Filho acerca da diferença entre falta grave e justa causa, trata-se de uma distinção inócua, bizantina e contraproducente¹⁵.

Ora, é sabido que essa pandemia possui efeitos deletérios, é altamente letal e terrivelmente contagiosa. O contato interpessoal sem as necessárias proteções pode ensejar que outras pessoas, convivendo com pessoas enfermas, adquiram o vírus, adoeçam e, ao cabo, morram. Simples, assim.

Antes de perquirir acerca de ser ou não ser vacinado, sobrevém uma questão preliminar: pode o empregado se recusar a fazer o teste detector da contaminação pela Covid-19 custeado pelo empregador? De pronto, pode-se afirmar que o empregador não tem poderes para exigir que o próprio empregado custeie seu exame para continuar a trabalhar na empresa, porque não é o trabalhador quem responde pela atividade econômica. Esse ônus é patronal.

A questão proposta, entretanto, é outra: proporcionando o empregador, sem qualquer ônus, o exame a seu empregado, em atividade presencial, este tem o direito de se recusar a fazer? A resposta é negativa. Cuida-se de preservar o ambiente de trabalho, a saúde e a segurança de todos. Evidente que ficam resguardadas a intimidade e a privacidade dos empregados, a medida em que não podem ser divulgados os resultados dos exames nem sobre o estado de saúde dos obreiros. E, para além disso, se estiver em trabalho remoto, a regra persiste a mesma, porquanto

15 MORAES FILHO, Evaristo de. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 3. ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 78.

pode ocorrer de esse empregado comparecer ao ambiente físico patronal, sujeitando-se a, eventualmente, contaminar outrem.

Quanto à saída do empregado, não existe, na CLT, nenhuma previsão expressa tratando desse tipo de justa causa para a resolução do contrato de trabalho. Os dois artigos que elencam as razões motivadas de despedimento, os arts. 482 e 483, não tratam, diretamente de nenhum problema de enfermidade, de pandemias, de vacinação, de contaminação, ou coisas do gênero. Enumeram, sim, as razões para os empregados serem despedidos motivadamente (art. 482) ou para que estes se considerem indiretamente despedidos por ato praticado pelo empregador (art. 483).

Logo, nos estritos termos da lei trabalhista, não existe esta previsão de ruptura do vínculo empregatício. Porém, em que pese boa parte da doutrina entender (pelo menos preliminarmente) que a recusa a ser vacinado não será causa de rompimento do liame existente, tratando-se de um direito personalíssimo, pensamos que não é bem assim.

Na primeira situação (recusa do empregado a ser vacinado), pode ser dada interpretação ao art. 482, alínea e, para reconhecer a prática de desídia no desempenho das respectivas funções por parte do empregado recusante. Por que desídia? Porque um dos traços característicos da boa relação de emprego é o empenho do empregado pelo bem-estar da empresa. O inverso enseja a resolução do contrato. É a incúria que significa falta de cuidado, desleixo, negligência. O empregado que se recusa a receber a vacina é irresponsável, age desleixadamente, não se preocupando com os colegas de trabalho e os terceiros com os quais poderá ter contato, demonstrando pouco caso com a vida humana, egoísta e caprichosamente, e com as condições de trabalho e da empresa.

Poderia ser dito que o empregado estaria agindo dentro do seu *jus resistentiae*, do seu direito de resistir a uma ordem ou uma exigência ilegal do patrão. Afinal, rigorosamente, não há lei alguma reconhecendo justa causa na recusa a receber a vacina. Mas, existem limites ao exercício desse direito e um deles é o bom senso: não pode a pessoa causar, deliberadamente, dano a si próprio ou a terceiros, e, à falta de vacinação e em sendo contaminado, o trabalhador é potencialmente um transmissor do vírus.

Na situação seguinte (empregador que não se vacina), a questão é inversa.

É o patrão, o dono do negócio, que pode contaminar seus empregados e terceiros, colocando, assim, em risco a sua própria vida e a dos seus colaboradores. A CLT dispõe, no art. 483, que *o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: ... c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato*. São essas duas hipóteses que podem justificar que o empregado se considere indiretamente dispensado, e, assim, terá direito a receber todas as suas verbas resilitórias regulares.

4. IMPORTANCIA DA VACINAÇÃO E A SEGURANÇA NO TRABALHO

No Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20.3.2020, foi reconhecido estado de calamidade pública até 31.12.2020 em todo o território nacional, e a essa norma seguiram-se vários outros atos, inclusive Medidas Provisórias e leis, que vêm tentando minimizar os problemas pandêmicos gerados em toda a sociedade brasileira, como de resto em todo o planeta, pela Covid-19.

Uma gradual taxa de redução de contaminados permitiu que ocorresse a gradual abertura das atividades econômicas em geral a partir, sobretudo, de setembro de 2020. Nesse mês, anunciado o retorno de algumas atividades públicas, foi divulgado um manifesto de servidores públicos informando que entrariam em greve ambiental.

Um documento chamado *manifesto de adesão à greve sanitária* foi divulgado, mas não tratava da aplicação da Convenção n. 155, embora, indubitavelmente, o que os trabalhadores que o divulgaram pretendiam era realizar uma greve com fundamento nesse diploma legal, o que é plenamente admitido e perfeito. A mesma situação se estende aos profissionais da saúde aos quais a Convenção n. 155 é plenamente aplicável.

São, como se constata, cautelas mínimas para preservar a vida humana nesse momento pandêmico que vivemos. Máxime, se lembrarmos que, logo em seguida, voltou a ocorrer, no Brasil, o agravamento da situação e acelerou-se grandemente o número de óbitos.

A estes, envolvidos no dito *manifesto*, que estão em contato mais direto (distância de menos de um metro) com pacientes suspeitos ou confirmados da doença, essas recomendações são feitas pelos órgãos especializados e esses materiais

indispensáveis devem ser fornecidos pelo empregador (hospital, casa de saúde, ambulatório, pronto socorro que faça atendimento às pessoas afetadas, sem ônus para o empregado profissional da saúde.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, aprovou, em 17.12.2020, a Resolução n. 672/2020/STF o tema 1.103, decidindo:

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.¹⁶

Ora, com se constata, a obrigatoriedade de ser vacinado é a solução, não podendo representar opção para quem quer que seja. No Parlamento brasileiro, o Projeto de Lei n. 149/21 pretende proibir a dispensa por justa causa do empregado que não quiser ser vacinado contra o SARS-Cov-2, considerando discriminatória a dispensa sem justa causa, que comprovadamente tenha como motivação a recusa do empregado à imunização contra a covid-19. A proposta apresenta-se com apenas quatro artigos, e, no art. 3º, prevê além do pagamento de verbas rescisórias, também indenização por danos materiais e morais eventualmente apurados¹⁷. Não acreditamos que esse projeto se transforme em lei porque inadequado e incentivador a não vacinação.

O que possui o Brasil é uma legislação que garante o direito de que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica* (art. 15 do Código Civil). Significa, em sentido inverso, que nenhuma pessoa pode se recusar a vacinação porque está justamente garantindo-lhe a vida.

A CLT, de outro lado, admite, no art. 158, que a recusa de uso de EPI por parte do empregado permite ao empregador puni-lo. Esse direito de punir patronal decorre de um dever do empregado, quando deve observar as normas de segurança

16 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>. Acesso em 17.5.2021. Assim ficou decidido no ARE 1267879-SP, Rel.: Min. Luís Roberto Barroso, de 17.12.2020.

17 Presentemente, este PL encontra-se na Comissão de Seguridade Social e Família, cf. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268829>. Acesso em 28.5.2021.

e medicina do trabalho (inciso I). Logo adiante, o parágrafo único dispõe que *constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada ... b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa*. Essa regra, ademais, pode e deve ser estendida ao direito potestativo patronal de dispensar por justíssima causa o empregado que se recusa a tomar as necessárias doses da vacina, tanto que, quando em vigor, a Lei n. 13.979/2020 especificava, no art. 3, III, *d*, a realização de vacinação compulsória.

Na lição de Raimundo Simão de Melo,

a segurança do trabalho é o conjunto de medidas que devem ser adotadas visando minimizar os acidentes e as doenças ocupacionais, bem como proteger a integridade e a capacidade de trabalho do trabalhador e prevenir os agravos nos ambientes de trabalho ¹⁸

Em reforço a esse entendimento, trago a colação dois dispositivos legais. Um é o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe: *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Significa que ao aplicar o direito (lei aqui deve ser interpretada em seu sentido mais amplo), o julgador deve ver o bem da sociedade e não os caprichos pessoais de quaisquer. O homem comum, por igual, deve agir pensando também no bem de todos.

O outro é o art. 8º, da CLT, na atual redação que lhe deu a Lei n. 13.467/17:

Art. 8º - 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 comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

O dispositivo consolidado, que deve ser interpretado em consonância com o art. 5º da LINDB, bem demonstra que sendo omissa a legislação e não havendo nenhuma regra contratual (no caso trabalhista, convenção ou acordo coletivo de

18 MELO, Raimundo Simão de. Segurança e medicina do trabalho. In: RODRIGUES PINTO, José Augusto, MARTINEZ, Luciano e MANNRICH, Nelson (coord.). Dicionário brasileiro de direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2013, p. 412.

trabalho), decida-se pela equidade, que significa bom senso, senso de justiça, de respeito pela dignidade da pessoa humana, e de acordo com os usos e costumes, para não considerar os demais, que a grande maioria das pessoas busca a salvação com a vacina. Assim deve ser o empregado e o empregador nas relações de trabalho. Nesse rol, considere-se ainda que sempre prevalece o interesse público, o comum, o da maioria, o da sociedade, o do povo que quer ser vacinado. E vacinado já.

Impende assinalar que, quando se cuida de teletrabalho, a CLT, desde 2017, prevê que *o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho* (art. 75-E, *caput*). Ora, segundo Arnaldo Sussekind,

os empregadores têm o dever de instruir seus empregados sobre as precauções a tomar, a fim de evitar acidentes de trabalho, doenças e intoxicações ocupacionais e, ainda, colaborar com as autoridades na adoção de medidas que visem à proteção dos empregados e à fiscalização. ... Mas a verdadeira prevenção decorre da conscientização do empresário ... [e da] conscientização do trabalhador de que mais graves e dolorosas consequências recaem sobre ele próprio e sua família ¹⁹.

Esse alerta serve também para o debate que se enfrenta acerca de vacinar ou não para tentar minimizar os males da pandemia causada pela Covid-19. A conscientização de todos é que levará a prevenir os infortúnios maiores que podem ser causados por esse momento diferente da vida da humanidade.

Em São Paulo, a Lei estadual n. 17.252, de 17.03.2020, dispõe ser obrigatoriedade de apresentação da carteira de vacinação devidamente atualizada, aquando da matrícula dos alunos de até 18 anos de idade, nas escolas públicas e privadas, ministrantes de educação infantil e ensino fundamental e médio.

Recordemos, ademais, que o Código Penal em vigor dispõe de normas sobre crimes contra a saúde pública, e, ao cuidar de infração de medida sanitária preventiva, o art. 267 dispõe:

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

¹⁹ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et alii. Instituições de direito do trabalho (II). 22^a ed., São Paulo, LTr, 2005, p. 940.

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Existe agravante da pena, em um terço, quando o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro (parágrafo único do mesmo artigo).

5. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, resta indubitosa ser a vacinação a grande e mais razoável solução para sustar a terrível pandemia que vem levando a óbito, em todo nosso pequeno planeta, tantos milhares de pessoas.

A experiência da história demonstra a necessidade de encontrar um antídoto contra a Covid-19. Tudo demonstra que somente vacinas minimizam esses males. A vacinação é, assim, uma imperiosa necessidade, devendo atingir a maior faixa da população mundial, pena de continuarmos enfrentando os perigos dessa praga.

As atividades laborais necessitam da participam do ser humano. O contato com outras pessoas pode levar a contaminação. Impossível evitar o uso de mecanismos protetores (máscara, higiene das mãos, não aglomerações), submeter-se a exames e ser vacinado.

Com efeito, estamos diante, em ambos os casos que foram estudados, de justificada razão para que seja punido o empregado com a sua recusa em se vacinar e o também quando o empregador não aceitar ser vacinado, levando o empregado a se considerar dispensado.

Qualquer argumentação em sentido contrário violará não apenas o conhecimento, experiência e ensinamento da ciência, mas, acima de tudo, o pouco ou nenhum caso com a vida humana.

FONTES CONSULTADAS

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Os principais impactos no mundo do trabalho decorrentes da pandemia do COVID-19*, in São Paulo, Revista LTr, 89/4, abril.2021, pp. 1078-1088

MELO, Raimundo Simão de. *Segurança e medicina do trabalho*. In: RODRIGUES PINTO, José Augusto, MARTINEZ, Luciano e MANNRICH, Nelson (coord.). *Dicionário brasileiro de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2013, p. 412.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3ª ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de direito do trabalho (I)*. 4ª ed., Lisboa, Almedina, 2015

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes *et alii*. *Instituições de direito do trabalho (II)*. 22ª ed., São Paulo, LTr, 2005

Belém, 18.5.2021/14.8.2021

Artigo publicado originalmente na "Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, v. 31, n. 383, p. 62-64, maio 2021

A EXCEÇÃO DA VERDADE COMO INSTRUMENTO PARA REVERSÃO DA JUSTA CAUSA

Adriano Marcos Soriano Lopes

Solainy Beltrão dos Santos

RESUMO

A justa causa obreira implica em ruptura traumática do vínculo empregatício, não tendo o empregado meio de se contrapor à extinção do pacto laboral no âmbito administrativo interno da empresa. O presente estudo visa a elucidar se o instituto da exceção da verdade pode ser utilizado em reclamatória trabalhista com o fim de fundamentar a reversão da falta grave cometida pelo empregado. Utilizando-se do método dedutivo, a pesquisa, primeiramente, pervagará o tratamento doutrinário e normativo da justa causa obreira, bem como a concepção doutrinária e legal sobre a exceção da verdade para, por fim, examinar a compatibilidade do referido instituto penal com o processo e do direito do trabalho.

Palavras-Chave: Justa causa obreira. Exceção da verdade. Adequação.

ABSTRACT

The just cause of the worker implies a traumatic rupture of the employment relationship, not the employee's employment being opposed to the termination of the work in the administrative scope of the company. The present study aims to elucidate whether the institute of the exception of the truth can be used in labor claims with the purpose of fundamental reversal of the serious misconduct committed by the employee. Using the deductive method, a research, initially, will pervade the doctrinal and normative treatment of the just cause of the worker, as well as a doctrinal and legal creation on

Adriano Marcos Soriano Lopes

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. E-mail: amslopes@trt3.jus.br.

Solainy Beltrão dos Santos

Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: solainy@trt3.jus.br

the exception of the truth to, finally, examine the reference of the penal institute with with the process and labor law.

Keywords: Fired for just cause. Exception from the truth. Adequacy.

1 INTRODUÇÃO

A justa causa obreira é uma das modalidades de extinção do pacto empregatício mais traumática, já que implica em não pagamento da maioria dos haveres rescisórios, com exceção dos direitos já adquiridos. Por corolário, o ordenamento jurídico pátrio estabelece as hipóteses em que tal forma de ruptura contratual pode ocorrer e a doutrina fixa diversos requisitos com o intuito de sistematizar o exercício do poder empregatício, neste tocante.

Nesse ínterim, não tendo o empregado uma medida defensiva na seara interna da empresa para se opor à aplicação da penalidade máxima contratual, deve se valer da reclamação trabalhista para buscar reverter a modalidade de extinção do vínculo de emprego e assegurar a percepção das parcelas rescisórias devidas.

Com o objetivo de trazer luzes a essa temática, este trabalho visa a elucidar se o instituto da exceção da verdade pode ser manejado para instrumentalizar o argumento obreiro de reversão da extinção do vínculo empregatício por cometimento de falta grave que viole à reputação do empregador ou seus prepostos, quando busca comprovar ser verdadeira a imputação impingida.

Para tanto, este artigo tratará da matéria em duas etapas, utilizando-se do método dedutivo, abordando, primeiramente, a conceituação doutrinária e normativa acerca da justa causa obreira. Após, será examinado o tratamento doutrinário e legal sobre o instituto da exceção da verdade e, por fim, a compatibilização deste último à seara trabalhista.

A importância da temática se impõe no campo do Direito e Processo do Trabalho, na medida em que a modalidade rescisória da justa causa obreira deve ser restrita a casos justificáveis e inoponíveis pelo trabalhador.

2 A JUSTA CAUSA OBREIRA

O contrato de emprego é um pacto comutativo e sinalagmático que suscita

direitos e obrigações equivalentes e recíprocos, cabendo ao empregador a obrigação de pagar pelo serviço prestado (dever) e dirigir a prestação do serviço (direito) e para o empregado também haverá a obrigação de prestar serviço (dever) e receber pelo serviço prestado (direito).

Nas palavras de Martinez (2020, p. 1211):

Diante dessa lógica estrutural, que envolve equivalência, oposição e equilíbrio, pode-se afirmar que o contrato de emprego produz, independentemente de ajuste expresso, um conjunto de deveres naturalmente exigíveis de cada um dos contratantes. Estabelece-se, na verdade, um sistema paralelo, onde o dever jurídico de um contratante seja, por espelho, a razão da exigibilidade do dever do outro contratante.

Daí decorre um importante efeito do contrato de trabalho que é o poder empregatício como sendo um arcabouço de prerrogativas em benefício do empregador no âmbito do contrato de trabalho.

Segundo Delgado (2019, p. 791) “poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego”.

Tal prerrogativa ainda é conhecida como poder hierárquico que, conforme o mesmo autor (2019, p. 791), seria “o poder deferido ao empregador no âmbito da relação de emprego consistente em um conjunto de atribuições com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.

O poder hierárquico, nesses moldes, seria o poder quem tem o empregador de dirigir (poder diretivo), regulamentar (poder regulamentar), fiscalizar (poder fiscalizatório) e disciplinar (poder disciplinar) sua atividade empresarial por meio de seus empregados.

O poder diretivo, na visão de Nascimento (2011, p. 695) “é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. No mesmo sentido, Delgado (2019, p. 793) aduz que tal poder seria:

o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive

o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

Por sua vez, o poder regulamentar, é conceituado por Delgado (2011, p. 793) como “o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.

Já o poder fiscalizatório ou poder de controle seria, na doutrina de Delgado (2019, p. 795) o “conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”.

Ademais, o poder disciplinar, consoante Nascimento (2011, p. 696) é “o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”. Com similar entendimento, Delgado (2019, p. 798) afirma ser “o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”.

Nessa ordem de ideias, o empregador, no uso dessas prerrogativas contratuais pode rescindir o contrato de trabalho por justa causa, caso o empregado incida, por exemplo, em alguma das faltas graves descritas nos arts. 158, parágrafo único; 235-B; 240, parágrafo único; 433, I e II; e 482, todos da CLT.

Semanticamente, convém apresentar a crítica de Giglio (2000, p. 16) aos termos justa causa e falta grave:

justa causa sempre nos pareceu uma expressão infeliz, porque causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá vir a ser a consequência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo ou causa. Assim, a justa causa não seria nem justa, nem causa, e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos seguindo o exemplo da lei como motivo da rescisão.

(...)

Não menos infeliz é a expressão falta grave, onde o primeiro termo não significa ausência, carência ou escassez e sim engano, falha, defeito ou infração. E grave no sentido de importante, intensa ou grande, deve ser toda e qualquer infração, pois as veniais não se caracterizam sequer justa causa, como se verá. Via de consequência, afirmar-se que alguém cometeu uma falta grave não teria, a rigor, o sentido técnico pretendido, ensejando dúvidas.

De todo modo, justa causa é a prática de ato grave por um dos contratantes que autoriza a resolução contratual ou nas palavras de Nascimento (2011, p. 1202) é “ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico.”

A doutrina diverge quanto a considerar justa causa e falta grave como sinônimos, defendendo Delgado (2019, p. 1413) que “a falta grave corresponde à justa causa que tenha sido apurada formalisticamente, por meio de ação judicial de inquérito, nos moldes do art. 494, caput, e arts. 853 a 855 da CLT”, ou seja, a falta grave seria própria de empregado estável.

A Consolidação da Leis do Trabalho enumera as hipóteses comuns de justa causa nos arts. 482 (obreira) e 483 (patronal), mas não estabelece os requisitos para sua configuração.

Na visão de Calvo (2020, p. 424), “apesar de cada doutrinador apresentar o seu conjunto de requisitos configuradores da justa causa, podemos elencar como requisitos universais: 1) taxatividade; 2) imediatidade; 3) proporcionalidade da pena; 4) análise do histórico laboral do empregado.”

Consolidando o entendimento da doutrina pátria, pode-se entender que, quanto aos requisitos para aplicação, a estrutura da justa causa obreira corporifica-se na presença de elementos subjetivos, objetivos e circunstanciais, tais como, gravidade/proporcionalidade (falta grave o suficiente que impeça a continuidade do vínculo empregatício), tipicidade/taxatividade (previsão legal anterior das condutas do empregado), autoria obreira (empregado participa da conduta), dolo/culpa (autor da falta teve a intenção de praticar o ato ou o fez de forma imprudente/negligente/imperita), inalteração da punição (a penalidade aplicada não pode ser substituída por outra mais severa), equidade (empregador não pode tratar diferentemente a mesma conduta praticada por empregados diversos), gradação de penalidade (advertência e suspensão antes da aplicação da pena capital), imediatidade da punição/atualidade da falta (conduta gravosa do empregado deve corresponder a uma resposta punitiva breve do empregador), causalidade entre o fato e a dispensa (a conduta obreira deve ter sido a causa da punição), singularidade/*non bis in idem* (a uma conduta faltosa equivale a uma penalidade), passado funcional do empregado (condutas inadequadas

cometidas anteriormente) e ausência de perdão tácito/renúncia da aplicação da pena (práticas não punidas são consideradas esquecidas).

A respeito dos elementos objetivos, subjetivos e circunstanciais, elucida Delgado (2019, p. 1424):

Objetivos são os requisitos que concernem à caracterização da conduta obreira que se pretende censurar; subjetivos, os que concernem ao envolvimento (ou não) do trabalhador na respectiva conduta; circunstanciais, os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta e do obreiro envolvidos.

Alguns requisitos merecem tratamento mais pormenorizado diante das dúvidas que ensejam quanto à interpretação e aplicação no contexto do contrato de trabalho.

Nesse tocante, quanto à taxatividade ou tipicidade, cabe registrar que esta não é tão rigorosa quanto no Direito Penal, por ser mais flexível e plástica, observando que em algumas hipóteses para configuração da justa causa há ampla generalização, como o mau procedimento, por exemplo, comentando Delgado (2019, p. 1420) que “a plasticidade e imprecisão desse tipo legal trabalhista deixa-o muito distante do rigor formal exigido por um tipo legal penalístico”. Acrescenta, ainda, o mencionado jurista que (2019, p. 1421) “a legislação trabalhista prevê, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas. Realiza previsão exaustiva, fiel ao princípio de que inexistiriam infrações além daquelas formalmente fixadas em lei.”

Salienta-se, ainda, que a jurisprudência criou duas correntes para justificar a tipificação da justa causa pelo empregador: a ortodoxa, que exige a correta classificação da tipificação, sob pena de descaracterização da falta grave; e a heterodoxa, que permite que o julgador enquadre a situação fática narrada em uma das hipóteses tipificadas na lei.

Quanto à ausência de perdão tácito e imediaticidade/imediatidade, bem como singularidade/*non bis in idem*, cabe pontuar as palavras de Delgado (2019, p. 1429):

O critério da ausência de perdão tácito relaciona-se, de maneira geral, com o anterior critério (imediaticidade). Efetivamente, se a falta não for imediatamente punida, tão logo conhecida pelo empregador, presume-se que foi tacitamente perdoada. A falta de imediaticidade gera, desse modo, a presunção de incidência do perdão tácito.

(...)

O critério da singularidade da punição (ausência de duplicidade punitiva) concretiza o princípio clássico do *non bis in idem* no âmbito do poder disciplinar. Por tal critério, não pode o empregador aplicar mais de uma pena em função de uma única falta cometida. Mesmo que se trate de um grupo de faltas, mas tendo uma unidade em seu cometimento (ilustrativamente, o empregado danifica uma máquina e, no mesmo instante, ofende sua chefia imediata), a punição tem de ser unitária.

Com efeito, o requisito da imediatidade/atualidade exige que o empregador aplique a penalidade o mais rápido possível a partir do momento que tenha conhecimento da falta, sob pena de ensejar o perdão tácito, mas convém ponderar que não há na CLT um prazo específico para tanto, variando de caso a caso. A esse respeito explica Barros (2017, p. 580):

Configura-se renúncia ou perdão tácito quando o empregador toma ciência do comportamento faltoso do empregado e mesmo assim permite que ele trabalhe por um lapso de tempo relativamente longo, não comprovando estivesse nesse período aguardando investigação contínua, cautelosa e criteriosa, a fim de, depois, romper o ajuste.

Ademais, a gradação da penalidade é engrenagem de caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar do empregador, pois transmite ao empregado a noção de inadequação de seu comportamento, permitindo a ressocialização no ambiente laboral, mas não existe no ordenamento jurídico um itinerário de punições que deve ser seguido, não sendo, portanto, critério absoluto para aplicação de penalidade trabalhista, lembrando apenas que o empregador não pode aplicar uma dupla punição pelo mesmo fato, sob pena de caracterizar *bin in idem*.

A respeito do dolo e da culpa, é relevante apontar o entendimento de Delgado (2019, p. 1426):

o Direito do Trabalho produz algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais concernentes à noção de dolo ou culpa. Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas em concreto, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo.

Quanto à gravidade, esta deve ser avaliada, de regra, *in concreto*, considerando-se não apenas uma medida-padrão abstrata de conduta — o bom trabalhador — mas as condições pessoais do agente e outras circunstâncias concretas de tempo, meio, costumes, entoando Moraes Filho (1996, p. 129) que:

torna-se necessário que a falta imputada ao empregado atinja realmente aqueles limites máximos de tolerância, passados os quais desaparece a confiança característica do contrato de trabalho. Nos de menor gravidade agirá o empregador de acordo com a proporcionalidade da falta, punindo o culpado de maneira mais branda, correspondente ao maior ou menor grau da ofensa cometida, mas sem chegar ao extremo absoluto da rescisão da relação de emprego.

De qualquer modo, na aplicação da penalidade o empregador deve levar em consideração o caráter pedagógico que o exercício do poder empregatício/hierárquico na sua vertente disciplinar representa, de forma que este seja exercido com o intuito de ressocializar o empregado no universo de convivência laborativa, não tendo por objetivo principal a sanção, que é apenas instrumental, já que a exclusão do trabalhador do emprego deve ser realizada apenas excepcionalmente em casos devidamente justificáveis.

A hipótese de justa causa obreira que interessa ao presente estudo é a prevista no art. 482, k, da CLT, isto é, ato lesivo à honra e boa fama praticada contra o empregador e superiores hierárquicos, entendendo Leite (2019, p. 935) que, nesta hipótese, “a justa causa pode ocorrer mesmo fora do ambiente de trabalho.” Isso porque as ofensas ao empregador ou à chefia macula o contrato de trabalho, ainda que praticadas à distância.

Insta observar que o referido dispositivo prevê como forma de defesa dessa justa causa a legítima defesa, própria ou de outrem, quando a ofensa é física, cabendo questionar se é possível a utilização da exceção da verdade como meio defensivo, quando se trata de ofensa moral. Para tanto, o incidente processual referido será analisado no próximo tópico.

3. A EXCEÇÃO DA VERDADE

A exceção da verdade é instituto previsto no art. 138, § 3º, do CP e admitido nos crimes de calúnia e nos crimes de difamação, exclusivamente, neste último caso,

se o ofendido é funcionário público e a ofensa se refere ao exercício de suas funções (art. 139, parágrafo único, do CP).

A respeito da exceção da verdade no Direito Processual Penal, leciona Gonçalves (2020, p. 407):

A exceção da verdade é um verdadeiro procedimento incidental, usado como meio de defesa, que deve ser apresentada no prazo da defesa prévia (se o procedimento tramitar no Jecrim, nas hipóteses em que a pena máxima da calúnia não supere dois anos), ou da resposta escrita (se a tramitação se der no juízo comum por estar presente alguma causa de aumento que retire a competência do Juizado Especial). O querelado pode arrolar testemunhas para confirmar a veracidade da imputação. O juiz, então, ouve as testemunhas arroladas por ambas as partes e, ao final, analisa a exceção da verdade. O ônus de provar a veracidade da imputação é do querelado, pois, como já mencionado, existe uma presunção — relativa — de que ela é falsa. Assim, caso ele prove cabalmente ser verdadeira a imputação, será absolvido da calúnia por atipicidade de sua conduta. Caso, todavia, não tenha êxito, será condenado, exceto, é claro, se houver alguma outra causa que impeça o decreto condenatório.

A exceção da verdade, nesses moldes, é incidente processual (meio de defesa indireto) que impede a análise do mérito do crime de calúnia (prejudicial), apto a viabilizar a prova da veracidade da imputação pelo ofensor, suposto caluniador, e se fundamenta no interesse público de apuração da efetiva responsabilidade penal, de modo a evitar o acobertamento e a impunidade.

Além do referido incidente, o art. 523 do CPP prevê a exceção de notoriedade, caso o fato imputado como crime seja publicamente conhecido, visando a demonstrar o suposto ofensor que apenas afirmou fatos que já eram de domínio público, de modo que sua conduta não pode atingir a honra objetiva da vítima, em razão da referida circunstância.

Para os fins deste trabalho e diante da limitação prevista no art. 139, parágrafo único, do CP, a análise se restringirá aos crimes de calúnia, pois o empregador mormente não se enquadra naquela hipótese legal.

O crime de calúnia encontra previsão no art. 138 do CP¹ e consiste em atribuir

1 Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º É punível a calúnia contra os mortos.

falsamente a alguém um fato determinado, verossímil, definido como crime ou, ainda, propalar ou divulgar uma imputação atribuída por terceiro e que sabe ser falsa.

Nas palavras de Masson (2018, p. 204), “a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime.”

O crime referido tutela, como dito, a honra objetiva, ou seja, a visão que o grupo social tem sobre o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais do indivíduo, ou seja, a boa fama ou reputação da pessoa, ou melhor, aquilo que os outros pensam dela.

Na visão de Gonçalves (2020, p. 398):

Na calúnia o agente atribui a prática de um fato criminoso a outrem, ou seja, narra que alguém teria cometido um crime. Como a calúnia dirige-se à honra objetiva, é necessário que essa narrativa seja feita a terceiros e não ao próprio ofendido. Não basta, ademais, que o agente chame alguém de assassino, ladrão, estelionatário, pedófilo, corrupto etc., porque, em todos esses casos, o agente não narrou um fato concreto, mas apenas xingou outra pessoa — o que configura crime de injúria, conforme veremos adiante. A calúnia é o mais grave dos crimes contra a honra, exatamente porque pressupõe que o agente narre um fato criminoso concreto e o atribua a alguém.

Nesse ínterim, o crime de calúnia só existe se a imputação for falsa (elemento normativo), ou seja, se o agente sabe (dolo direto) ou tem dúvida (dolo eventual) que o crime não ocorreu ou o ofendido não é o autor do delito, persistindo o propósito de ofender a honra objetiva alheia (elemento subjetivo), não sendo mera brincadeira (que excluiria o dolo). De outro modo, sendo verdadeira a imputação, o fato é atípico, podendo incidir em erro de tipo se o agente faz uma imputação objetivamente falsa, acreditando sinceramente que ela é verdadeira, caso se demonstre, posteriormente, que houve engano injustificável da parte dele, não respondendo pelo crime.

Não é demais lembrar que a imputação falsa de contravenção penal não configura crime de calúnia, pois não se admite a analogia *in malam partem* no Direito Penal, podendo, todavia, caracterizar crime de difamação. Do mesmo modo pode ocorrer se o fato imputado deixar de ser crime (*abolitio criminis*), desaparecendo a calúnia, mas podendo configurar a difamação.

Acerca dos meios de execução deste tipo penal pontua Gonçalves (2020, p. 401):

A calúnia, tal como os demais crimes contra a honra, pode ser cometida de forma verbal, por escrito, por gestos ou por qualquer outro meio simbólico. É plenamente possível, por exemplo, que, com um gesto de mão, alguém indique que certa pessoa está cometendo ato de corrupção. O meio simbólico, por sua vez, pode ser uma *charge* publicada em um informativo, um quadro, uma escultura, uma encenação etc.

A calúnia pode ser: explícita ou inequívoca, quando feita ostensivamente, sem deixar qualquer margem de dúvida em torno da intenção de ofender; equívoca ou implícita, quando a ofensa é velada, sub-reptícia, ou seja, o agente dá a entender que alguém teria feito alguma coisa; e reflexa, quando o agente quer caluniar uma pessoa, mas, ao descrever o fato, atribuiu também crime a um terceiro.

No que tange à consumação, o crime de calúnia se consuma quando a imputação chega ao conhecimento de terceiro, mesmo que a reputação da vítima não seja efetivamente abalada, tratando-se de crime tentado se a ofensa não chegar a ciência de terceiro por circunstância alheia a vontade do agente, como, por exemplo, uma carta caluniosa extraviada. Sobre a questão, adverte Masson (2018, p. 206):

A calúnia verbal, em princípio, não comporta o conatus. Em se tratando de crime unissubsistente, ou o sujeito atribui falsamente a prática de crime a uma pessoa diversa da vítima, e o delito estará consumado, ou não o faz, e o fato será atípico. Entretanto, nos dias atuais e com o avanço cada vez mais crescente da tecnologia, é possível vislumbrar a tentativa de calúnia verbal nas conversas efetuadas mediante dispositivos informáticos (ou eletrônicos), a exemplo do que se verifica na perda de conexão de uma chamada via computador no momento em que o agente, depois de já ter conversado com alguém, iria efetuar a imputação falsa de um crime a terceira pessoa.

Na forma escrita é possível a tentativa, como no clássico exemplo da carta que se extravia, ou, modernamente, do e-mail corrompido recebido pelo seu destinatário.

Ademais, o crime pode ser praticado por qualquer pessoa contra qualquer pessoa física ou jurídica (apenas quanto a crimes ambientais, nesse caso, conforme art. 225, § 3º, da CRFB²) e até mesmo contra os mortos (art. 138, § 2º, do CP), mas nesse

2 § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

último caso o sujeito passivo não é o falecido, que não mais é titular de qualquer direito, mas os familiares, interessados na manutenção da reputação *de cujus*.

Na calúnia, a falsidade da imputação é presumida relativamente, em razão do princípio da presunção de inocência, cabendo, portanto, ao ofensor provar, no mesmo processo, por meio da exceção da verdade, que a imputação é verdadeira, tornando o fato atípico.

Nessa toada, o sujeito ativo do crime de calúnia pode ser o empregado e o passivo o empregador, quando o empregado imputa falsamente um ato delituoso ao empregador ou divulga ou propala uma falsa imputação de que teve conhecimento, cabendo elucidar que não se admite a propalação ou divulgação o dolo eventual ou a tentativa, como esclarece Masson (2018, p. 206):

Essa modalidade do crime de calúnia é incompatível com o dolo eventual. A lei é clara nesse sentido ao estatuir a expressão “sabendo falsa a imputação”, indicativa de conhecimento efetivo da falsidade da imputação (dolo direto). Também não admite tentativa, pois ou sujeito relata o que ouviu, e o crime estará consumado, ou não conta, e inexistente crime. Essa é a posição dominante. Entendemos, contudo, ser admissível o conatus na conduta de “divulgar” (exemplo: o agente coloca um cartaz em uma árvore, mas, antes de ser lido por outras pessoas, um raio o destrói).

Com efeito, ao se deparar com a suposta calúnia obreira o empregador dispensa o empregado por justa causa, nos moldes do art. 482, k, da CLT.

Resta saber se o empregado, com o intuito de reverter a justa causa, pode utilizar do instituto da exceção da verdade em reclamação trabalhista a fim de comprovar que a imputação delituosa não era falsa e, portanto, a ofensa patronal seria inidônea.

4. A EXCEÇÃO DA VERDADE INSTRUMENTALIZADA NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

À primeira vista, o art. 482, k, da CLT afasta a hipótese de falta grave quando a ofensa física ao empregador ou ao superior hierárquico for cometida apenas em legítima defesa própria ou de outrem³, já que não prevê qualquer outra excludente ou

3 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

modalidade defensiva, ainda que se trate de ofensa moral.

Transpondo a figura da exceção da verdade do Direito Processual Penal para o processo do trabalho, convém questionar se o empregado que for dispensado por justa causa por ter acusado o empregador de crime, ofendendo-lhe a honra objetiva (art. 482, k, da CLT), como, por exemplo, importunação sexual no ambiente de trabalho (art. 215-A do CP⁴), assédio sexual no local de labor (art. 216-A do CP⁵) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP⁶), pode reverter a justa causa caso comprove que o fato era verdadeiro.

Entende-se que essa interdisciplinariedade é possível, podendo o empregado ajuizar reclamação trabalhista pretendendo a reversão da justa causa, alegando que a conduta delituosa imputada ao empregador é verdadeira e que a justa causa baseada na suposta calúnia ofendeu, na verdade, a sua honra objetiva (art. 483, "e", da CLT), observando que o ônus da prova é do empregado, pois se trata de fato constitutivo de seu direito (art. 818, I, da CLT).

Cabe ponderar que existem exceções à autorização do manejo da exceção da verdade, como as descritas no § 3º do art. 138 do CP⁷, quando, por exemplo, o ofendido, no caso empregador, for absolvido por sentença transitada em julgado do crime imputado pelo empregado, já que, neste caso, a presunção de falsidade da imputação torna-se absoluta.

Crítico da solução adotada pelo legislador, Gonçalves (2020, p. 410) vaticina:

O crime imputado pode ser de ação pública ou privada. Em qualquer caso, se já existe sentença absolutória transitada em julgado em relação a tal crime, a presunção de falsidade da imputação torna-se absoluta, não sendo possível opor-se a exceção da verdade, ainda que se alegue a existência de novas provas não juntadas no processo

4 Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

5 Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

6 Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

7 § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

originário em que o ofendido (da calúnia) foi absolvido. O argumento é de que a absolvição transitada em julgado impede que se reabra discussão em torno do tema.

Entendemos equivocada a regra. Com efeito, se a absolvição nos autos originários se deu por insuficiência de provas, deve ser possível o uso de novas provas em exceção da verdade. Realmente a ação originária não poderá ser reaberta porque não existe revisão criminal *pro societate*. É absurdo, contudo, impossibilitar a defesa do querelado em situações como esta, fazendo com que seja condenado apesar de ter feito uma imputação verdadeira.

Nesse sentido, haverá a possibilidade de condenação criminal por calúnia, ainda que a imputação seja verdadeira, já que o ofensor no crime de calúnia não terá a oportunidade de comprovar a atipicidade de sua conduta, por meio da exceção, configurando-se violação do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), como entende Masson (2018, p. 210) ao afirmar que: “constituindo-se a exceção da verdade um meio de defesa, qualquer restrição à sua utilização, como ocorre nas três alíneas do art. 138, § 3º, do Código Penal, viola o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV)”.

Entrementes, tal limitação não se aplica ao processo não criminal, considerando que o art. 935 do CC dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” No mesmo sentido o art. 65 do CPP quando dispõe que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Ou seja, se o empregador tiver sido absolvido do crime imputado pelo empregado na seara penal por falta de provas, o que quer significar que não se esgotou a discussão acerca da materialidade/existência do crime ou da autoria, não pode utilizar o incidente da exceção da verdade quando da apuração do crime de calúnia na esfera penal, em razão da ressalva prevista no art. 138, § 3º, III, do CP, mas poderá utilizar de idêntico argumento no juízo trabalhista, pois a coisa julgada criminal, na hipótese, não terá efeitos na esfera cível.

Demais disso, sendo a prova o meio destinado a mostrar a verdade dos fatos, não há razão jurídica para impedir que o trabalhador/reclamante venha a produzi-la para comprovar que a imputação indigitada era verdadeira, observando os ditames constitucionais.

Por fim, entende-se que a exceção da verdade pode ser utilizada no processo

do trabalho quando o empregado, demitido por justa causa em razão de supostamente caluniar o empregador, pretender comprovar a veracidade do crime cometido por este, independentemente das restrições previstas no CPP, de modo a possibilitar a reversão da justa causa que lhe foi aplicada e, em caso de êxito probatório, garantindo-lhe todos os direitos trabalhistas de uma dispensa injusta.

4 CONCLUSÃO

O poder empregatício/hierárquico é gênero da espécie poder disciplinar, o qual deve nortear o empregador na aplicação da penalidade, levando em consideração o seu caráter pedagógico com o intuito de ressocializar o empregado no universo de convivência laborativa, relegando a aplicação da justa causa obreira apenas excepcionalmente, em casos devidamente justificáveis e previstos no ordenamento jurídico, bem como atendendo aos requisitos disciplinados pela doutrina pátria.

A ofensa prevista como falta grave no art. 482, k, da CLT pode implicar em cometimento de crime de calúnia pelo empregado, sendo a exceção da verdade um meio de defesa do Direito Processual Penal que pode ser transposto para o Direito Processual do Trabalho, de modo que o empregado pode utilizar do instituto referido como instrumento processual com o fim de comprovar a veracidade do cometimento de crime pelo empregador e reverter a justa causa que lhe foi aplicada, não se aplicando as restrições previstas no CP para o manejo da exceção da verdade, por implicar em violação ao direito de ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20.jan.2022.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 23. jan.2022

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13.fev.2022.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24.02.2022

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15.fev.2022.

CALVO, Adriana. *Manual de direito do trabalho*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa para despedimento do empregado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado – parte especial*. Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Curso de direito do trabalho / Luciano Martinez. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

MORAES FILHO, Evaristo. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISCUSSÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA JUSTA CAUSA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Valdete Souto Severo

RESUMO

O artigo discute as regras de proteção contra a despedida. Analisa a hipótese de justa causa e suas consequências jurídicas, a partir da ótica constitucional e do reconhecimento da importância do emprego, em uma sociedade de trabalho obrigatório. Discute, ainda, o fato de que a Constituição vigente elimina a relação direta entre estabilidade decenal e sistema do FGTS, ao universalizá-lo. O sistema de proteção constitucional é compatível com normas ordinárias que atuem no sentido de proteger *contra* a despedida, embora venham sendo sistematicamente ignoradas pela doutrina e pela jurisprudência. O artigo problematiza, por fim, a necessidade de impedir a perda do emprego e de constitucionalizar as regras trabalhistas, a partir do parâmetro de respeito à dignidade humana.

Palavras-chave: despedida – justa causa - relação de trabalho – emprego - Constituição

ABSTRACT

This article discusses the rules of protection against dismissal. It analyses the hypothesis of just cause and its legal consequences, from the constitutional point of view and the recognition of the importance of employment, in a compulsory labor society. It also discusses the fact that the current Constitution eliminates the direct relationship between ten-year stability and the FGTS system, by universalizing it. The constitutional protection system is compatible with ordinary rules that act to protect against dismissal, although they have been systematically ignored by doctrine and jurisprudence. Finally, the article problematizes the need to prevent job loss and to constitutionalize labor

Valdete Souto Severo

Doutora em Ciências Políticas pela UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é Doutora em Direito do Trabalho pela USP - Universidade de São Paulo e Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica - PUC do RS. É professora de direito e processo do trabalho na UFRGS, É juíza do trabalho da Quarta Região desde 2001, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital - USP e UFRGS e membra do RENAPEDTS - Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social.

rules, based on the parameter of respect for human dignity.

Keywords: Dismissal – just cause - labour relations,- employment - Constitution

INTRODUÇÃO

A justa causa é um conceito utilizado no Direito do Trabalho, para estabelecer hipóteses em que a relação de trabalho pode ser extinta, por uma razão disciplinar. O artigo 482 da CLT refere as práticas que, cometidas pela trabalhadora ou pelo trabalhador, dão ao empregador a autorização para extinguir o vínculo. O artigo 483, por sua vez, trata das hipóteses em que é o empregador que comete um ato capaz de justificar a extinção do vínculo de emprego.

As modalidades de extinção dessa relação jurídica, reguladas pelo Estado, são múltiplas. Todas elas têm algo em comum: tratam das consequências da perda do emprego, que variam de acordo com quem manifesta a vontade de romper, seja dizendo-o explicitamente, seja praticando atos que se tornam incompatíveis com sua continuidade.

A CLT, cujos méritos são de várias ordens, mas os defeitos – sequer tangenciados pela Lei 13.467 – também, prevê direitos diversos para quem trabalha, a depender da forma de dissolução do vínculo. É impressionante que essa diferença entre o que se reconhece à trabalhadora ou ao trabalhador, a depender da causa de extinção, nunca tenha sido profundamente problematizada. Impressiona porque vivemos em uma sociedade de trabalho obrigatório, sob a lógica de um capitalismo periférico que produz, a cada ano, um número maior de pessoas desempregadas ou mesmo desalentadas (pessoas que já desistiram até de procurar trabalho). Em um tal contexto, perder o emprego significa não ter mais como pagar as contas, não ter mais como realizar a troca (de trabalho por capital) que viabiliza condições materiais de existência.

Este artigo se propõe a debater o tema da justa causa praticada por quem trabalha, aplicada como forma de punição, e sua (in)constitucionalidade. Não se tratará, portanto, da justa causa praticada pelo empregador. Necessário, também, desde logo, diferenciar a justa causa da falta grave, definida no artigo 493 da CLT. A falta grave se caracteriza pela prática repetida de alguma das condutas definidas como justa causa

no artigo 482. Ou ainda, pela prática de uma das hipóteses de justa causa que implique “séria violação dos deveres e obrigações do empregado”. Logo, justa causa e falta grave não são sinônimos.

Tratarei das consequências da justa causa, a partir do reconhecimento da obrigatoriedade do trabalho em uma sociedade capitalista. Em seguida, tratarei do que significa a regra do artigo 482 da CLT, suas implicações práticas e sua (in)compatibilidade com a ordem constitucional. Por fim, farei uma proposta de interpretação /aplicação das regras que prestigie a centralidade do trabalho e a fundamentalidade dos direitos que dele decorrem.

TRABALHO OBRIGATÓRIO NA SOCIEDADE DE TROCA DE TRABALHO POR CAPITAL

Uma das principais características do tempo presente, reproduzida em obras que explicam a “evolução” representada pela construção de sociedades industrializadas, é o abandono da lógica da dominação direta. Em lugar de senhores e servos ou de senhores e escravos, as relações sociais se estabelecem entre sujeitos livres e iguais.

Quando olhamos mais de perto, verificamos que a igualdade não existe entre pessoas ricas e pobres, brancas e negras, incluídas e excluídas, entre homens e mulheres, entre pessoas que são obrigadas a viver sob o signo da concorrência. Percebemos, também, que a liberdade garantida nesse modelo de organização social é *liberdade para a troca*. Ela, portanto, não existe, senão sob parâmetros muito limitados e que não dizem com as condições materiais de existência. Tais condições, necessariamente, devem ser obtidas através da entrega da maior parte do tempo de vida a outrem, em troca do dinheiro com o qual será possível obtê-las.

É por isso que Marx insiste em tratar do trabalho assalariado como trabalho obrigatório¹. Se apenas através da troca de trabalho por salário a maioria absoluta das pessoas tem acesso ao dinheiro com o qual pode comprar alimentos, vestuário, remédios ou moradia, trabalhar nesse modelo de organização social não é uma escolha; é uma necessidade.

1 Em uma passagem dos seus Manuscritos, Marx refere que na sociedade do capital: “O trabalhador só sente, por conseguinte e em primeiro lugar, junto a si quando fora do trabalho e fora de si quando no trabalho. Está em casa quando não trabalha e, quando trabalha, não está em casa. O seu trabalho não é, portanto voluntário, mas forçado, trabalho obrigatório. O trabalho não é por isso a satisfação de uma carência, mas somente um meio para satisfazer necessidades fora dele”. MARX, Karl. Manuscritos econômicos-filosóficos. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 83.

Então, por mais que o trabalho nos realize enquanto pessoas, nos identifique e nos traga alegrias, não é essa a razão pela qual a relação social de trabalho está na centralidade desse modelo de sociedade. Ao contrário, é porque movimenta todo o metabolismo de produção, circulação e acumulação de riquezas. A consequência disso é que o trabalho não é concebido da perspectiva das condições de emancipação e realização próprias da atividade de trabalhar. Nem poderia, pois o trabalho emancipado, destituído da sua condição de troca, deixa de ser trabalho obrigatório e, se isso ocorrer, não estaremos mais em uma *sociedade de trocas*.

Tornar-se “servo do seu objeto”, devendo, portanto, “existir, em primeiro lugar, como trabalhador” para que *possa* existir como sujeito físico, é a condição básica de vida nesse modelo de sociedade, exatamente porque a obrigatoriedade da troca de trabalho por capital é o que alimenta o metabolismo do capital (MARX, 2004, p. 82). No caso do Brasil, para além desse fato objetivo de que somos uma sociedade construída sob a lógica da troca e, pois, sob a premissa da obrigatoriedade da troca de trabalho por capital, há ainda uma cultura colonial que nos atravessa. Fomos assassinados como população indígena; tivemos de renascer como colônia de Portugal.

Há, portanto, uma ferida original, narcísica, que nega a nossa cultura, impondo uma visão eurocêntrica, que até hoje faz de nossas elites atores subservientes dos interesses dos países de capitalismo central. Mal começamos a ser colonizados e já passamos a conviver com a escravização institucionalizada. Não há, portanto, como dissociar a lógica da troca com aquela que admite a compra e venda de seres humanos, com todo o assujeitamento, os maus tratos e a desumanização que isso envolve (MACHADO DA SILVA, 2017).

Para o tema desse artigo, todas essas questões têm implicações fundamentais. Se trabalhar é o único modo de ter acesso a alimento, moradia, vestuário, remédio e outros bens sem os quais não sobrevivemos, então perder o trabalho é perder essa possibilidade de sobrevivência física. Trata-se de premissa válida mesmo em uma realidade de abundância. No caso do Brasil, essa é uma constatação ainda mais real e urgente. Aqui, existem mais de 13 milhões de pessoas sem emprego, sendo que o número de atingidos pelo desemprego é maior entre as mulheres do que entre os homens, assim como entre as pessoas negras do que entre as brancas².

2 <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/08/4871766-cresce-o-desemprego-o-desalento-e-as-desigualdades-no-brasil--diz-ibge.html>, acesso em 02/9/2020. Em 2020, cresceu o número de desalentados, de pessoas desocupadas e de trabalhadoras e trabalhadores jogados na

Portanto, na nossa realidade, perder o emprego é algo ainda mais dramático (trágico mesmo) do que já seria em uma sociedade de trocas na qual houvesse pleno emprego³. Se pensarmos que no ano de 2020 enfrentamos uma pandemia, que aprofunda o adoecimento e o desamparo de quem vive do trabalho, a perda do emprego – não importa qual a sua causa – se tornará ainda mais definitiva e aterradora para quem dele depende para sobreviver⁴. Ser descartável em uma sociedade na qual apenas através do trabalho nos é permitido ter acesso ao que é necessário para viver, significa estar absolutamente à disposição, sob o jugo de quem detém capital e, portanto, a possibilidade de “oferecer” trabalho⁵.

Para além da perda da possibilidade de sustentar-se fisicamente, a perda do trabalho também implica, em regra, perda de referências, necessária alteração dos hábitos, do local em que a pessoa passa a maior parte do seu tempo útil⁶. É nesse contexto que se inserem todas as regras de proteção contra a despedida e é essa premissa (de que vivemos em uma sociedade de trabalho obrigatório) que deve, também, orientar nosso olhar e interpretação das regras que determinam as consequências da extinção de um vínculo de emprego.

Mais do que o direito de ir embora (já que não estamos em uma sociedade de trabalho forçado), é função do Direito do Trabalho reconhecer e proteger o **direito de**

informalidade. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=28690&t=destaques>, acesso em 02/9/2020.

3 Em um livro publicado em 2004, Wandelli aponta relatório da OIT de acordo com o qual um terço da população economicamente ativa no mundo procura e não encontra emprego ou está subempregada. WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida Abusiva. São Paulo: LTr, 2004, p. 36.

4 Wandelli afirma que a perda do lugar de trabalho é o momento em que a maldade praticada no ambiente de trabalho se aprofunda. O ato de despedida é um “mal” que tem o conveniente nome de poder diretivo e que é aceito de forma praticamente unânime, como mera decorrência da necessidade de organizar e dirigir o empreendimento. Para ele, a despedida “sem justa causa” é o ponto máximo da banalidade do mal que decorre da perda do emprego. WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida Abusiva. São Paulo: LTr, 2004, p. 92.

5 “Enquanto para o empregador, necessariamente, dispensa-se para aumentar a produção e melhor organizar a produtividade, não importando os motivos concretos, o pedido de demissão, pelo empregado, representa exercício de sua liberdade individual. SILVA, Antônio Álvares da. Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p.53.

6 Essa é a razão pela qual Antonio Baylos refere que a empresa, quando despede, expulsa o trabalhador de uma esfera social e culturalmente decisiva para a sua existência. É através do trabalho que o indivíduo se integra socialmente. No original: “la empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva”. É através do trabalho que a pessoa obtém “derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia”. BAYLOS, Antonio. PÉREZ REY, Joaquín. El Despido o La violencia Del Poder Privado. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 44.

ficar, de pertencer, seja para criar laços e deixar suas marcas no mundo, seja para extrair desse trabalho (obrigatório) condições materiais de sobrevivência (BIAVASCHI, 2007, p. 151).

A JUSTA CAUSA PARA A EXTINÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO, PELO EMPREGADOR

A justa causa é definida pela doutrina como o motivo disciplinar suficientemente capaz de determinar a ruptura do vínculo de emprego. Para alguns autores, não há diferença, senão de gravidade, entre a justa causa e a falta grave (SUSSEKIND, 2003, p. 568)⁷. Na realidade, porém, a CLT conceitua de modo diverso os dois institutos.

A justa causa é a causa que permite a extinção do vínculo e deve se configurar a partir das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT. A falta grave é a prática reiterada de alguma das condutas descritas no referido artigo ou a prática de uma das hipóteses de justa causa que implique “séria violação dos deveres e obrigações do empregado”, em uma análise das circunstâncias do caso concreto. Logo, embora seja possível afirmar que em algumas situações a justa causa se dê em razão de falta greve, em outras ela poderá se perfectibilizar, pelos termos da lei, mesmo sem a gravidade exigida no artigo 493 da CLT.

O fundamento doutrinário para a previsão de justa causa para a extinção do vínculo de emprego já foi, em momento pretérito da regulação estatal da relação social de trabalho, a proteção, pois a iniciativa do trabalhador de deixar um emprego já foi considerada crime de vagabundagem (MORAES FILHO, 1946, p. 17).

No Brasil, antes da CLT, o Código Civil de 1916 disciplinava a locação de serviços e a possibilidade de extinção unilateral pelo empregado (locador), por justa causa (art. 1.226), misturando questões subjetivas com motivos objetivos, como ter de exercer função pública. O(a) trabalhador(a) tinha direito à remuneração vencida e, sendo a extinção motivada em alguma falta do empregador, como a exigência de serviços superiores às forças, rigor excessivo ou descumprimento das obrigações contratadas, “por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato”, pois a regra era a estipulação de um prazo para a troca entre capital e trabalho⁸.

7 Evaristo de Moraes Filho também refere que a falta grave é uma espécie do gênero justa causa. MORAES FILHO, Evaristo de. A Justa Causa na rescisão do contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Editoria Revista do Trabalho, 1946, p. 75.

8 Entre as causas em razão das quais o trabalhador poderia considerar o vínculo extinto, estavam

As “justas causas” para a despedida estavam previstas no art. 1.229⁹. As razões disciplinares eram “vícios ou mau procedimento”, “falta do locador à observância do contrato” e ofensa, hipóteses em que o trabalhador permanecia com direito “à retribuição vencida, respondendo, porém, por perdas e danos” (§ 2º do art. 1.231).

Com a CLT, tanto a figura da estabilidade decenal já prevista na Lei 62 é estendida a todas as categorias de trabalhadores urbanos, quanto a justa causa para a extinção do vínculo passa a ser disciplinada pelos artigos 482 e 483 da CLT. Trata-se, pois, de uma perspectiva da ampliação da proteção social. Evaristo de Moraes Filho, em obra publicada em 1946, chega a afirmar que:

No contrato de trabalho, tremendamente desigual, cuja existência é a própria razão de ser do empregado, que vive exclusivamente do salário auferido através desse contrato, deixar que as coisas continuassem entregues à livre manifestação das partes, seria o mesmo que assistir tranquilamente ao extermínio de toda uma classe social, no caso, a dos trabalhadores (MORAES FILHO, 1946, p. 24).

A justa causa seria, portanto, motivo para extinção de qualquer vínculo, enquanto a falta grave, na forma do artigo 493 da CLT, possibilitaria – após ampla defesa por meio de procedimento judicial – a extinção do vínculo de emprego de trabalhador estável. Werneck critica a possibilidade inserida no artigo 496 da CLT, de conversão do comando de reintegração, em caso de falta grave não configurada, para o pagamento de indenização, referindo a “corrupção do instituto da estabilidade” (VIANA, 1978, p. 272).

O conceito de justa causa para a extinção do vínculo de emprego tem relação direta com a ideia de confiança, lealdade e transparência na troca entre capital e trabalho. A falta capaz de legitimar a despedida por justa causa ou a rescisão indireta do vínculo é, portanto, uma falta que retira essa confiança, tornando inviável o prosseguimento da relação (LITALA, 1935, p. 417-8). Até aí, tudo bem. O problema, que parece não haver sido enfrentado nem mesmo pela doutrina mais comprometida, é a absoluta assimetria na previsão legal dos efeitos da quebra de confiança, quando praticada pelo empregado

.....
não receber “alimentação conveniente” (art. 1226).

9 A primeira delas era “Enfermidade, ou qualquer outra causa que o torne incapaz dos serviços contratados”. Chama atenção, também, que a imperícia, embora fosse motivo para a dispensa (inciso V do art. 1229), estava entre as razões que não geravam “responsabilidade alguma para com o locatário” (§ 1º do art. 1.231).

ou pelo empregador.

A assimetria não é um problema em si, pois identifica a existência mesma do Direito do Trabalho. O problema se dá quando essa assimetria é juridicamente sustentada para privilegiar o empregador, subvertendo a própria razão de existência das regras trabalhistas. A CLT não apenas amplia as hipóteses em que o(a) trabalhador(a) pode perder seu emprego (art. 482), em relação àquelas previstas no Código Civil, como também dele(a) retira praticamente tudo, quando isso ocorre. Às *faltas* cometidas pelo empregado atribui-se peso suficiente a legitimar não apenas a perda do emprego, como também do recebimento das verbas, cujo direito foi adquirido no curso da relação de emprego. Note-se que ao ser despedido sob alegação de prática de justa causa, o(a) empregado(a) perde, pelos termos da CLT, o direito às férias proporcionais, ao aviso prévio, ao seguro-desemprego, à indenização de 40% sobre o FGTS e ao saque dos valores existentes em sua conta vinculada ao FGTS. Pelos termos da Lei 4.090/62, perde também o direito à gratificação natalina proporcional¹⁰.

Mesmo que a jurisprudência tenha evoluído para reconhecer o direito ao pagamento de férias proporcionais e da gratificação natalina proporcional, em hipótese de extinção do vínculo sob alegação de justa causa da(o) empregada(o)¹¹, em razão da incorporação dos termos da Convenção 132 da OIT¹² ao ordenamento jurídico brasileiro, o fato é que pela previsão da CLT, e das leis que a sucedem, todos esses direitos são suprimidos quando a quebra de confiança ocorre por ato da(o) trabalhador(a). A supressão do dever de indenizar o empregador, que constitui um avanço importante, é sem dúvida insuficiente para que seja possível compreender a disciplina da CLT como minimamente protetiva.

Quando é o empregador quem comete um ato capaz de quebrar a confiança, não há absolutamente gravame algum que pese sobre sua conduta. O artigo 483 da CLT refere que “o empregado *poderá considerar rescindido* o contrato e pleitear

10 Como é o caso da Lei 4.090/62 sobre a gratificação natalina.

11 Nesse sentido: JUSTA CAUSA. HIPÓTESES DO ARTIGO 482 DA CLT. Comprovada a existência de ato faltoso grave imputado ao trabalhador, subsiste a extinção do contrato de trabalho por justa causa como medida proporcional e imediata. Resta assegurado, contudo, o direito do trabalhador de receber férias proporcionais com 1/3 e 13º salário proporcional. Aplicação da Convenção n. 132 da OIT ratificada pelo Brasil (Decreto n. 3.197/99) e dos incisos VIII e XVII do artigo 7º da Constituição Federal. (TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0020469-68.2018.5.04.0303 ROT, em 14/11/2019, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente)

12 Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235863/lang--pt/index.htm

indenização” quando qualquer das ações ali descritas forem praticadas.

Na realidade, porém, nada ocorrerá sem a intervenção do Estado. Isso porque o empregador, exatamente por possuir o capital e os meios de produção, exerce autotutela. Ou seja, caso identifique a quebra de confiança, põe fim ao vínculo, sob alegação de justa causa, sem precisar da intervenção do Estado. Ao contrário, quem depende do trabalho para sobreviver não tem como exercer autotutela. Mesmo que não receba salário, seja confinado em um ambiente sem sequer receber trabalho, seja assediado moral ou sexualmente, não poderá simplesmente “considerar rescindido” o vínculo, pois nada receberá. O que quer que faça o empregador, contra ele nada poderá fazer a(o) empregada(o), senão mediante intervenção estatal.

Portanto, a prática de qualquer dos atos descritos no artigo 483 da CLT não gera o efeito descrito em seu caput, senão após a instauração de uma demanda trabalhista. O(a) empregado(a) terá que contratar advogado, ajuizar demanda e fazer prova da quebra de confiança por parte do empregador, para que, ao final de um procedimento que pode durar meses ou anos, receber exatamente as mesmas verbas a que faria jus, caso dispensado por iniciativa da empresa, sem alegação de justa causa. Uma prova muitas vezes difícil de ser produzida.

É interessante observar, ainda, que o artigo 483 da CLT refere a possibilidade de “pleitear indenização”, mas a jurisprudência majoritária não reconhece automaticamente tal direito, nessas hipóteses. O atraso no pagamento de salário, por exemplo, se não for reiterado, de acordo com parte da jurisprudência, não gera direito à indenização¹³.

Além disso, mesmo havendo previsão expressa de pagamento de indenização, nos artigos 478¹⁴ e 479 da CLT¹⁵, a doutrina e a jurisprudência majoritárias não os aplicam¹⁶. Reconhecem direito à indenização por dano moral, em hipóteses nas quais

13 Nesse sentido: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O mero atraso no pagamento das parcelas rescisórias e de salários não gera o direito à indenização por dano moral. Recurso desprovido. (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0020865-37.2017.5.04.0511 ROT, em 16/12/2019, Desembargadora Angela Rosi Almeida Chapper)

14 Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

15 Art. 479 - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

16 Há uma curiosa assimilação, praticamente unânime, de que esses artigos referem-se apenas às hipóteses de estabilidade decenal, quando em realidade são anteriores à disciplina da estabilidade (artigos 492 e seguintes da CLT) e não fazem referência expressa a essa circunstância: perda do emprego por trabalhador estável. Nada obsta, portanto, sejam utilizados para o efeito de dar concretude à parte

haja prova de ofensa à honra objetiva ou subjetiva da(o) trabalhador(a), mas não o direito à indenização expressamente prevista nesses dispositivos da CLT. Note-se que a indenização dos artigos 478 e 479 da CLT constitui algo diverso daquela por dano moral. Não se vincula a qualquer ofensa à honra objetiva ou subjetiva. É uma penalidade imposta ao empregador, em caso de “rescisão de contrato”, tal como a rescisão indireta. Essa indenização é, pois, perfeitamente cumulável com eventual indenização por dano moral e deveria ser aplicada em todas as situações em que a(o) empregado(a) “considerar rescindido” o vínculo por quebra da confiança no empregador.

O fato de a doutrina trabalhista haver sepultado propositadamente esses dispositivos, ao argumento de que não recepcionados pela Constituição de 1988, é espantoso. Mais espantosa é a circunstância de que a advocacia trabalhista, e mesmo a academia, simplesmente pararam de tratar do tema, como se houvesse alguma coerência ou razoabilidade em compreender que a extensão do direito ao FGTS como garantia constitucional (inciso III do artigo 7º) precisava ser “compensada” pela perda automática das regras dos artigos 477 (caput), 478, 479 e 492 da CLT, ou seja, pela “eliminação do antigo sistema indenizatório e estabilizatório celetista”, como refere Maurício Godinho Delgado¹⁷.

.....
final do artigo 483 da CLT. Nesse sentido os comentários de Homero Baptista ao artigo 478 da CLT: “Consoante já enfatizado em comentários anteriores, o regime dos anos 1940 a 1960 era da conquista da estabilidade do empregado após 10 anos de emprego, com o pagamento de indenização de uma remuneração por ano de serviço em caso de rescisão antecipada. Pelo art. 477 se afirmava que a indenização era calculada sobre a globalidade remuneratória e, agora, o art. 478 ensina que o cálculo era feito à base de uma unidade por ano de emprego. A fração igual ou superior a um semestre já contava como o ano, segundo o critério de equidade proposto pelo legislador. Logo, a fração inferior a um semestre era desprezada. Esse critério é bem aceito e influenciou alguns estudos sobre como calcular o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, já que a Lei 12.506/2011 é omissa a respeito”. SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT Comentada. São Paulo: RT, 2019, p. 214.

17 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2019, pp. 1328-1332. Quando trata do que denomina “antigo modelo jurídico celetista”, o autor refere que a “ruptura desmotivada do contrato” combinava “indenizações crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos (antigos art. 477, caput, e art. 478, caput, CLT, não recepcionados pela CF/88 para os casos subsequentes a 05.10.1988); em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego”. Na nota de rodapé 31, fl. 446, esse autor chega a afirmar que o artigo 478 da CLT está revogado. Na página 912 faz referência a esse artigo como “não recepcionado”, “segundo a jurisprudência uníssona”; na página 1313 menciona que o artigo 478 foi “revogado tacitamente”. O mais impressionante (ou revoltante) é perceber que mesmo a doutrina que reconhece tenha a Constituição eliminado a possibilidade de despedida sem qualquer motivação, acaba por se conformar com a inefetividade do inciso I do artigo 7º (que dependeria, mesmo 32 anos depois, de uma lei que o disciplinasse). Ou seja, a “perda” dos artigos 478, 479 e 492 (nunca retirados

O argumento de que o artigo 492 da CLT, que trata da estabilidade decenal, não foi recepcionado pela Constituição porque o FGTS passou a ser direito fundamental da classe trabalhadora é já algo incompreensível, sob a perspectiva da proteção e da evolução que a nova ordem constitucional implicou na regulação da relação social de trabalho¹⁸. Ora, se mesmo a Constituição “polaca” de 1967 previa direito à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia do tempo de serviço”, não é razoável supor que a Constituição de 1988 houvesse retrocedido.

A Constituição vigente elimina a relação direta entre estabilidade decenal e sistema do FGTS, ao universalizá-lo. O sistema de proteção constitucional inicia com a regra do inciso I do artigo 7º (relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa), absolutamente compatível com normas ordinárias que atuem exatamente no sentido de proteger *contra* a despedida, caso da regra do art. 492 da CLT. O fato de a estabilidade decenal não estar referida textualmente na Constituição não torna esse instituto necessária ou automaticamente incompatível com a nova ordem.

Em realidade, a Constituição de 1988 corrige um grave equívoco, já denunciado por Russomano em 1979. A suposta escolha entre a proteção *contra* a dispensa e o que o(a) empregado(a) irá receber em razão da perda do emprego (sistema do FGTS), confunde proteções de ordem diversa, que não se compensam nem tutelam o mesmo bem jurídico (RUSSOMANO, 1979). Uma tutela o vínculo de emprego, a outra tutela a condição de desempregado¹⁹.

Werneck também faz críticas importantes quanto ao que caracteriza como ataque à concepção comunitarista da estabilidade, aproximando-se, o direito do trabalho no Brasil, a partir da criação do FGTS na década de 1960, aos pressupostos liberais “mais próximos da ortodoxia” (VIANA, 1978, p. 277).

A verdade é que em relação à estabilidade decenal, é preciso fazer uma ginástica argumentativa para defender que a regra do artigo 492 da CLT é incompatível com uma ordem constitucional que institui o direito fundamental a uma relação de emprego

.....
do texto da CLT) foi imposta pela doutrina trabalhista sem que o avanço promovido pela nova ordem constitucional (proteção contra a despedida arbitrária) nunca tenha saído do papel.

18 Para aprofundamento do tema: SEVERO, Valdete Souto. O Dever de Motivar a Despedida. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

19 Por isso mesmo, Couto Maciel refere que “o sentimento sempre foi o de mudar, de inovar para uma garantia em que se desse um basta à predominância do econômico sobre o social” e, por isso mesmo o resultado da colisão de forças e do trabalho constituinte foi a construção de uma Constituição “cidadã”, que sequer poderia “regredir em termos sociais, até mesmo frente à Constituição revolucionária de 1967, terminando com a estabilidade e nada garantindo ao trabalhador no emprego”. COUTO MACIEL, José Alberto. Garantia no Emprego já em Vigor. São Paulo: LTr, 1994, p. 133.

protegida contra a despedida. Maior exercício de contorcionismo hermenêutico se faz necessário para afirmar que também as regras dos artigos 478 e 479, que tratam de indenização pela despedida de empregada(o) que não detém estabilidade decenal, foram simplesmente derogadas pela Constituição de 1988. Ainda assim, esse é o entendimento que hoje predomina, sem sequer ser questionado nas demandas que versam sobre despedidas não justificadas ou sobre “pedidos” de rescisão indireta.

O que quero ainda ressaltar, quanto a esse tema, é que mesmo aplicando a indenização prevista no artigo 478 da CLT restaria desproporcional a solução legislativa para as hipóteses de extinção do vínculo por justa causa, em relação à(o) empregada(o) e ao empregador. Isso porque o(a) trabalhador(a) precisa ajuizar demanda, aguardar o tempo de processo, produzir a prova, efetuar o pagamento do advogado que contratou e, ao final, receber apenas a indenização além das verbas que lhe seriam devidas em caso de despedida. Recebe-as após todo o tempo do processo e precisa deduzir o montante relativo aos honorários. Portanto, especialmente em razão da não aplicação do art. 478 da CLT, fato é que o(a) trabalhador(a) recebe concretamente menos do que receberia em caso de despedida sem cometimento de justa causa pelo empregador.

O empregador, por sua vez, despede por justa causa sem intervenção do Estado e, ao fazê-lo, retira da(o) trabalhador(a) pelo menos seis direitos fundamentais, além de retirar-lhe o emprego, ou seja, a sua fonte de subsistência. O fato de o artigo 478 da CLT ser simplesmente ignorado pela jurisprudência majoritária faz com que o cometimento de ato capaz de configurar justa causa, pelo empregador, resulte-lhe verdadeiro prêmio: o de pagar tão somente as verbas resilitórias, mas apenas após todo o decurso do tempo do processo, caso procedente a demanda.

Há, portanto, na disciplina da justa causa, múltipla penalização do(a) empregado(a) e vantagens para o empregador. O reconhecimento de que o Direito do Trabalho justifica-se e fundamenta-se na proteção a quem trabalha impede que tais regras sejam consideradas recepcionadas pela ordem constitucional instituída em 1988.

A ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DA JUSTA CAUSA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

A Constituição de 1988 inaugura uma nova proposta de organização social. Já ao instituir os fundamentos da República, lá aparecem, no artigo primeiro da

Constituição, os *valores sociais* do trabalho e da livre iniciativa, além da dignidade humana²⁰. A solidariedade é o elemento que se agrega à ideia de uma sociedade capitalista e, pois, baseada na troca, tornando-a necessariamente “contaminada” pela preservação da dignidade (física e emocional) de quem trabalha²¹.

Devemos obviamente questionar a viabilidade de um tal propósito (a construção de um convívio social solidário sob o signo do capital), já que o metabolismo da sociedade de trocas funda-se na concorrência e na acumulação de riquezas, construindo uma noção de *sujeito de direitos* encapsulado, individualizado. Uma racionalidade, portanto, que constrói subjetividades avessas à noção de solidariedade (que evidentemente não se confunde com a fraternidade burguesa, diretamente ligada à ideia de caridade)²².

Aliás, toda a retórica que justifica poderes ao empregador, naturalizando inclusive a perda do trabalho em um ambiente no qual é preciso trabalhar para sobreviver, está justamente fundada na categoria do “sujeito de direitos”, pressupondo uma autonomia individual inexistente. O Direito, atribuindo responsabilidade ao próprio indivíduo por seu sucesso ou fracasso e reproduzindo regras que se fundamentam em uma falsa liberdade, torna possível a disseminação dessa lógica individualista. É, pois, muito difícil crer na possibilidade de convívio dessa ideologia²³, com o ideal de solidariedade para o qual a dignidade humana importa não apenas como um atributo

20 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

21 O conceito de dignidade humana em Kant é o de dignidade como “autonomia ética do ser humano”. Ou seja, “o ser humano (indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio nem pelos outros – como objeto”. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32. Essa noção liberal de dignidade está presente na organização social desde muito tempo e mesmo quando trazida para dentro do sistema jurídico, não rompe necessariamente com o individualismo que identifica a sociedade de trocas. É, porém, resgatada nas Constituições promulgadas após a experiência das guerras mundiais vividas no Século XX, sob um novo viés.

22 O sistema do capital se baseia na alienação do controle dos produtores. Neste processo de alienação, o capital degrada o trabalho, sujeito real da reprodução social, à condição de objetividade reificada – mero fator material de produção e com isso derruba, não somente na teoria, mas na prática social palpável, o verdadeiro relacionamento entre sujeito e objeto”. MÉSZÁROS, István. Para Além do Capital. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, p. 126.

23 Essa ideologia é tão forte que ao ouvirmos a expressão “sujeito de direitos”, imediatamente pensamos em alguém livre, capaz de negociar, destinatário das normas jurídicas. SEVERO, Valdete Souto. Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015, p. 61.

peçoal, mas sobretudo como uma condição de convivência social. Lá onde uma pessoa é desrespeitada, obrigada a sobreviver de modo indigno, todas as demais sofrem e de algum modo são afetadas por essa realidade.

A questão, para o que aqui interessa, é que esse paradigma de solidariedade não apenas está inscrito textualmente na ordem constitucional vigente; encontra-se também na gênese do Direito do Trabalho. É exatamente a tentativa de conciliar elementos metabólicos do capital com a necessidade de compreensão de que partilhamos um mesmo destino; é justamente a tentativa de resgate da nossa condição de seres sociais, o que atravessa a teoria dos direitos fundamentais, da qual o Direito do Trabalho é possivelmente o principal expoente.

A noção de proteção que está na origem do Direito do Trabalho imbrica-se, portanto, com a de dignidade humana. Quando a Constituição refere estar a dignidade (assim como o *valor social* do trabalho e da livre iniciativa) no fundamento da República, institui um ponto de partida para a interpretação/ aplicação de todo o ordenamento jurídico, e é esse seu potencial transformador. A análise das regras jurídicas sob a perspectiva da efetivação da dignidade humana e da solidariedade é o espectro constitucional da proteção que orienta e justifica a existência mesma do Direito do Trabalho (SEVERO, 2013).

Sob a perspectiva histórica, que prevalece independentemente das regras constitucionais, o Direito do Trabalho existe para proteger quem vive do trabalho, não por razões subjetivas, mas em face da questão social envolvida na troca. (BARBAGELATA, 2011, p. 76). A Constituição de 1988 reconhece e traduz juridicamente essa razão histórica de existência, em seu artigo primeiro. A partir daí, elenca os direitos sociais dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. O artigo 7º, espinha dorsal da proteção jurídica à relação social de trabalho, estabelece os “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”. Fixa, portanto, um ponto de não-retorno, estabelecendo os direitos ali descritos como um conjunto mínimo que pode ser complementado, mas nunca mitigado ou negado, pelo restante do ordenamento jurídico.

Daí se extrai a noção de proibição de retrocesso social, que deve ser reconhecida como uma tentativa de ressignificação da linguagem jurídica, um “acordo semântico”, pelo qual reconhecemos a necessidade de efetividade progressiva dos direitos sociais como único caminho capaz de viabilizar a sociedade de trocas. Em outras palavras,

se é possível naturalizar a lógica do trabalho obrigatório em uma sociedade na qual sequer há trabalho para todas as pessoas, é preciso, pelo menos, construir uma teia de proteção social progressiva que faça a vida, nesse modelo de organização social, valer a pena.

A construção do conceito de não-retrocesso social como princípio jurídico ocorre no momento histórico imediatamente posterior aos regimes totalitários, sob a forma de um compromisso coletivo de que não permitiríamos mais “contra-revolução social” (CANOTILHO, 1993, p. 339). O momento atual, experimentado não apenas pelo Brasil, de indiscutível retrocesso no que tange à proteção social da classe trabalhadora, prova que esse compromisso coletivo não se realiza por sua simples inscrição no texto constitucional. É preciso que haja vontade efetiva de fazer valer a lógica da progressão em relação aos direitos sociais. Ainda assim, o reconhecimento de que a noção de não-retrocesso social está inscrita no aposto do caput do artigo 7º da Constituição (“além de outros que *visem a melhoria da sua condição social*”) determina que a interpretação/aplicação das regras trabalhistas seja “contaminada” pela lógica da progressão em termos de proteção a quem trabalha. Para a doutrina constitucional, portanto, a noção de proibição de retrocesso gravita justamente em torno da ideia de proteção à dignidade humana, de sorte a justificar “a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”²⁴.

O artigo 483 da CLT, para que seja considerado constitucionalmente válido, precisa ser plenamente aplicável. Isso significa que as verbas que decorrem da extinção por culpa do empregador são devidas de imediato, já que o comando legal é de que o empregado “poderá considerar rescindido” o vínculo. Se isso ocorrer, o ajuizamento da demanda, por si só, será suficiente para que se estabeleça o dever de imediato pagamento das verbas que decorrem dessa extinção. Além disso, é preciso recuperar a aplicação dos artigos 478 e 479 da CLT, para o efeito de reconhecer o direito à indenização pela perda do emprego por culpa do empregador, independentemente da discussão e do reconhecimento do direito à indenização por dano extrapatrimonial.

O artigo 482 da CLT fixa situações em que a(o) trabalhador(a) pode perder não

24
Canotilho assim define: O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Idem, p. 340.

apenas o trabalho (condição para sobreviver fisicamente em uma sociedade de trocas), mas também todos os direitos que lhe garantiriam a possibilidade de sobrevivência até conseguir outro posto de trabalho. Por si só, portanto, implica negação do direito fundamental à relação de emprego “protegida” (na forma do inciso I) e mesmo o impedimento de fruição de todos os direitos sociais inscritos na Constituição, pois quem perde o trabalho e a possibilidade de prévio aviso, de acesso ao seguro-desemprego e ao FGTS, perde de uma só vez o direito à educação, saúde, alimentação, moradia, lazer e segurança (art. 6º da Constituição). Perde o direito à vida.

O fato de que a plêiade de punições que decorre da aplicação do art. 482 da CLT se endereça apenas a quem vive do trabalho e, portanto, a quem é destinatário da proteção que justifica a existência do Direito do Trabalho, revela a subversão da ordem jurídica. Portanto, o artigo 482 da CLT não consegue ser justificado a partir da noção (princípio) da proteção que faz de uma regra verdadeira norma jurídico-trabalhista²⁵, porque implica restrição injustificável aos direitos que viabilizam a sobrevivência física quando da perda do emprego. O fato de não guardar paralelo com as consequências previstas para a justa causa do empregador é, portanto, mais um elemento a sublinhar a inconstitucionalidade desse dispositivo legal.

ALGUMAS CONCLUSÕES POSSÍVEIS

É urgente pensar novas formas de convivência, que privilegiem o trabalho como modo de realização humana, mas o retire da condição de meio para sobrevivência. Isso implica alteração estrutural e radical do modo como produzimos e distribuimos a riqueza, do modo como nos relacionamos e tratamos a natureza.

Enquanto essa superação não ocorrer, é preciso ao menos reconhecer a gravidade da perda do emprego para quem dele depende. Nada é mais grave do que perder a fonte de sustento em uma sociedade na qual não há emprego para todas e todos. A despedida por justa causa é, portanto, uma penalidade severa, sem paralelo em relação a consequências previstas para os atos faltosos (e mesmo ilícitos) praticados pelo empregador.

É exatamente por isso que a Constituição de 1988 inicia o sistema de proteção

25 O tema é aprofundado e melhor analisado em meu artigo Princípio da Proteção, disponível em <https://jus.com.br/artigos/24690/principio-da-protecao>.

a quem trabalha com regra fixando o direito fundamental a uma relação de emprego “protegida contra a despedida”. É também por isso que o Direito do Trabalho surge e se sedimenta a partir de um princípio de proteção a quem trabalha.

Ao contrário de efetivar esse parâmetro constitucional, seguimos insistindo em uma prática na qual não apenas as consequências da extinção do vínculo por justa causa são diversas e desfavoráveis para quem trabalha (em relação àquelas previstas para quem emprega), como também a interpretação dominante nega vigência a dispositivos que não foram revogados e que minimizam as consequências da perda do trabalho, como é o caso dos artigos 478, 479 e 492 da CLT.

A simplificação das regras sobre o término da relação de emprego corrigiriam tais distorções. Sempre que há perda de emprego em uma sociedade de trabalho obrigatório, há necessidade de que o Estado garanta meios para a sobrevivência física de quem trabalha e das pessoas que dele dependem.

A despedida precisa ser evitada e, quando isso não for possível, deve ser amparada por regras de proteção a quem trabalha, independentemente do motivo que a legitimou.

O estudo aqui realizado demonstra a inconstitucionalidade do artigo 482 da CLT e a necessidade de compatibilização do artigo 483 (levando a sério sua literalidade), para que o tratamento jurídico das consequências da justa causa seja considerado compatível com uma ordem constitucional fundada na dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **Curso sobre la evolucion del pensamiento juslaboralista**. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 2011.

BAYLOS , Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil: 1930-1942**. São Paulo: Ltr: JUTRA, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COUTO MACIEL, José Alberto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LITALA, Luigi de. **Il contratto di lavoro**. 3. ed. Torino: Editora UTET - Unione Tipografico Editrice Torinese, 1937, p. 508-9.

BARASSI, Ludovico. **Il Diritto del Lavoro**. Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1935.

SILVA, Juremir Machado da. **As raízes do conservadorismo brasileiro**: a abolição na imprensa e no imaginário social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MARX, Karl. **Manuscritos econômicos-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

SILVA, Homero Batista Mateus da . **CLT Comentada**. São Paulo: RT, 2019.

MÉSZÁROS, István. **Para além do Capital**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo. **A Justa Causa na rescisão do contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Editoria Revista do Trabalho, 1946.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A estabilidade do trabalhador na empresa**. 2. ed. São Paulo: Editora Científica Ltda, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho**: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivar a despedida**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. Princípio da Proteção. **Jus.com.br**, [S./], jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24690/principio-da-protecao>. Acesso em: 19/2/2018

SILVA, Antônio Álvares da. **Proteção contra a dispensa na Nova Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.
WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. São Paulo: LTr, 2004.

VIANA, Luiz Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Artigo publicado originalmente na “Pensar, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-10, abr./jun. 2021”

RECUSA À VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: LIMITES DA LIBERDADE INDIVIDUAL DO TRABALHADOR EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ana Cláudia Barbosa Dias

RESUMO

O presente estudo busca empreender uma análise quanto à amplitude do poder diretivo do empregador no contexto de imunização compulsória contra a COVID-19. Trata, assim, da possibilidade de aplicação de penalidades disciplinares a empregados que, ante a disponibilização da vacina emergencial contra a doença, apresentarem recusa à vacinação. Para tanto, parte da análise da interpretação constitucional conferida ao tema, passando pela análise das ADIs nºs 6586 e 6587, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, que tratam da obrigatoriedade da vacinação emergencial em combate à pandemia. Aborda, outrossim, outros aspectos jurídicos que circunscrevem a discussão.

Palavras-chave: Vacinação compulsória. COVID-19. Justa causa. Poder diretivo do empregador.

ABSTRACT

The present study seeks to undertake an analysis of the amplitude of the employer's directive power in the context of compulsory immunization against COVID-19. Thus, it deals with the possibility of applying disciplinary penalties to employees who, in view of the availability of the emergency vaccine against the disease, refuse vaccination. To this end, it is part of the analysis of the constitutional interpretation conferred on the theme, through the analysis of the ADIs 6586 and 6587, proposals before the Supreme Court, which deal with the mandatory emergency vaccination in combating the pandemic. It also addresses other legal aspects that involve the discussion.

Ana Cláudia Barbosa Dias

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Governança, Riscos, Compliance e Controles com Ênfase em Direito e Compliance Trabalhista pelo Instituto de Estudos Previdenciários/Faculdade Arnaldo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

Keywords: Compulsory vaccination. COVID-19. Just cause. Employer's directive power.

1 INTRODUÇÃO

A crise de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19 provocou rápidas e múltiplas repercussões normativas no arcabouço jurídico brasileiro – assim como mundial –, tratando de evidenciar, de modo expressivo, o fundamental papel exercido pelo Direito na ordenação do dinamismo das relações sociais.

Com efeito, objetivando evitar o potencial colapso do sistema de saúde e a insuficiência de atendimento apropriado aos novos portadores do vírus, o advento da COVID-19 no Brasil impulsionou a edição de mais de 200 (duzentas) novas normas tocantes ao tema, dentre leis, portarias e decretos, cuidando de adaptar as relações sociais à nova realidade sanitária¹.

Nesse sentido, o Decreto Legislativo nº 06, de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública vivenciado no País, e a Lei nº 13.979, ainda em 06 de fevereiro de 2020, dispôs sobre estratégias para enfrentamento da emergência de saúde pública acarretada pela COVID-19.

E como medida de enfrentamento à crise sanitária brasileira, a Lei nº 13.979/2020 elencou, dentre outras, a possibilidade de determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas, como se lê adiante:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

[...]

III - determinação de realização compulsória de:

[...]

d) vacinação e outras medidas profiláticas; (grifo nosso).

Diante disso, e no cenário de surgimento das mais diversas vacinas emergenciais, ampliada tornou-se a discussão quanto à constitucionalidade ou não da vacinação compulsória estabelecida pela nova legislação ordinária, de modo a conjugar a

1 Nesse sentido, vide <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm> Acesso em 06.06.2022.

preservação da vida e da saúde da coletividade com o necessário respeito à liberdade e à dignidade individual.

Nessa mesma esteira, passou-se a discutir a possibilidade de imposição dessa vacinação também nos âmbitos privados – como no meio ambiente do trabalho que, se em regime presencial de atividades, encerra ampliada possibilidade de disseminação da doença pelo simples contato entre trabalhadores.

No atual cenário, pode – ou mais, deve – o empregador impor a prévia vacinação contra a COVID-19 como condição para o trabalho presencial?

O empregado que, ante a disponibilização da vacina, se recusa à imunização, pode ser penalizado e submetido a uma dispensa por justa causa?

O presente estudo tentará lançar alguma luz nesse debate, passando, primeiramente, pela análise da discussão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não da compulsoriedade de vacinação autorizada pela Lei nº 13.979/2020.

2 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DAS ADIs 6586 E 6857 – VACINAÇÃO COMPULSÓRIA *VERSUS* VACINAÇÃO FORÇADA

Apolêmica relativa à obrigatoriedade da vacinação em massa da população contra a COVID-19 foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de dezembro de 2020, pela via do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 6586² e 6857³.

As Ações de controle concentrado em referência objetivaram consolidar interpretação constitucional acerca do art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, que prevê, como medida de enfrentamento à emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, a possibilidade de determinação, pelas autoridades competentes, de realização compulsória de vacinação.

Após análise da questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento em exame, decidiu pela impossibilidade de determinação da vacinação de cidadãos mediante uso da força física – vale dizer, vacinação *forçada*. Inobstante, consolidou a Suprema

2 Vide <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>> Acesso em 06.06.2022.

3 Vide <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>> Acesso em 06.06.2022.

Corte o entendimento de que medidas restritivas podem ser aplicadas àqueles que se recusarem injustificadamente à vacinação emergencial.

Legitimou-se, pois, com efeito vinculante, a constitucionalidade da vacinação *compulsória* prevista na Lei nº 13.979/2020, a par da inconstitucionalidade da vacinação *forçada* de indivíduos.

Não haveria, nesse sentido, vedação à adoção de medidas restritivas indiretas, previstas na legislação sanitária, para aqueles que optassem por não se vacinar, como o impedimento ao exercício de certas atividades ou a proibição de frequentar determinados lugares.

Veja-se a tese de julgamento *in casu*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, *d*, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: “(I) **A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes**, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (grifo nosso).

O posicionamento adotado no julgado prestigiou a vida, a saúde e a segurança da coletividade, não perdendo de vista o necessário respeito à liberdade individual de cada cidadão – que não poderá ser forçadamente vacinado.

Confira-se, na mesma linha, o seguinte aresto exarado pela Corte Superior, consagrando a possibilidade de determinação da vacinação de forma compulsória:

Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa

dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica.

1. Recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas.

2. A luta contra epidemias é um capítulo antigo da história. Não obstante o Brasil e o mundo estejam vivendo neste momento a maior pandemia dos últimos cem anos, a da Covid-19, outras doenças altamente contagiosas já haviam desafiado a ciência e as autoridades públicas. Em inúmeros cenários, a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade.

3- A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas e existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227) 4. De longa data, o direito prevê a obrigatoriedade de vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei no 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid -19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha.

5. **É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual à exista consenso médico-científico.** Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança).

6. Desprovisionamento do recurso extraordinário, com a fixação da seguinte 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 familiar. (STF - ARE: 1267879 SP 1003284-83.2017.8.26.0428 Relator: Roberto Barroso, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021) (grifo nosso).

Importante registrar, como ressaltado supra, a necessidade de atendimento a certos requisitos para que seja a vacina passível de aplicação compulsória, como o registro em órgão da vigilância sanitária e a inclusão do imunizante no plano nacional de imunização (PNI)⁴.

3 A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

3.1 O direito ao meio ambiente do trabalho seguro

O trabalho em ambiente seguro constitui Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, integrando compromisso do plano, assumido pelo Brasil, de “parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro”⁵.

Conforme ensina CASSAR, o meio ambiente do trabalho deve priorizar a incolumidade física, psíquica e social dos trabalhadores e, por isso, deve ser salubre, saudável, digno e íntegro⁶.

E prossegue a autora, versando sobre o dever de todos de zelar pelo meio ambiente do trabalho:

A integridade física e mental do trabalhador é um direito que decorre de vários Princípios Constitucionais, que são normas e, portanto, obrigam: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º); princípio da valorização do trabalho humano (art. 170); princípio da defesa do meio ambiente (art. 170); princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XII) e pelo princípio da função social da empresa, subprincípio do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

É, pois, dever de todos cumprir tais determinações e tentar, ao máximo, reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Daí porque tanto o Estado como o empregador, o próprio trabalhador e a sociedade devem tomar medidas para tornar eficaz estes comandos constitucionais. O empregador deve zelar pelo meio ambiente, prevenir, tomar precauções, treinar seus trabalhadores, adotar as normas pertinentes ao assunto, adquirir equipamentos de proteção, instituir a CIPA e adotar suas determinações e fiscalizar a utilização dos empregados do correto uso dos equipamentos, de sua

4 Vide <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>> Acesso em 06.06.2022.

5 Vide <<http://www.agenda2030.com.br/sobre/>>. Acesso em 30.04.2021.

6 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 979.

ergonomia e do EPI.⁷

A consolidação de um meio ambiente laboral seguro e salubre constitui dever do empregador (art. 157, CLT⁸). Conforme destacam JORGE NETO e CAVALCANTE,

Todo empregador é obrigado a zelar pela segurança, saúde e higiene de seus trabalhadores, propiciando as condições necessárias para tanto, bem como zelando para o cumprimento dos dispositivos legais atinentes à medicina e segurança do trabalho. A medicina e segurança do trabalho são matérias inseridas no Direito Tutelar do Trabalho, pois o seu intuito é zelar pela vida do trabalhador, evitando acidentes, preservando a saúde, bem como propiciando a humanização do trabalho.⁹

Veja-se aresto regional nesse sentido:

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. ZELO E DEVER DE VIGÍLIA DO EMPREGADOR. É do empregador a obrigação de zelar pelo meio ambiente de trabalho, sendo também seu o dever de vigília, nos termos do art. 7º, XXII da CF. Estabelece o art. 157, I e II da CLT, que compete ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como instruir os empregados sobre as precauções a tomar para evitar acidentes e doenças. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011371-09.2018.5.03.0070 (RO); Disponibilização: 29/05/2020; Órgão Julgador: Nona Turma; Redator: Convocado Ricardo Marcelo Silva)

No mesmo passo, a preservação do meio ambiente do trabalho seguro e salubre constitui também encargo do trabalhador, ao qual cabe o cumprimento das regras empregatícias impostas para tanto (art. 158, CLT¹⁰). Nesse viés também afirma

7 Idem, p. 983.

8 Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

9 JORGE NETO, Francisco Ferreira, Pessoa Cavalcante, JOUBERTO DE QUADROS. Direito do trabalho – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 1257

10 Art. 158 - Cabe aos empregados

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.
III - conhecer, em segunda e última instância, dos recursos voluntários ou de ofício, das decisões

a jurisprudência:

EMENTA: JUSTA CAUSA - ATO DE INDISCIPLINA OU INSUBORDINAÇÃO.ART. 482, “h”, CLT. Revela-se correta a rescisão contratual da Reclamante por justa causa, conforme alínea “h”, do art. 482/CLT (ato de indisciplina ou insubordinação), tendo em vista o cometimento de várias faltas intermediárias, tais como, reiterado descumprimento das normas da empresa e falta de cuidado com o EPI, as quais, embora punidas com a aplicação de penalidades pedagógicas de forma gradativa (advertências e suspensões) não surtiram efeito no sentido de levar a empregada ao caminho da exação funcional. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0141300-64.2008.5.03.0032 RO; Data de Publicação: 04/11/2010; Disponibilização: 03/11/2010, DEJT, Página 154; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Paulo Roberto Sifuentes Costa; Revisor: Vicente de Paula M. Junior)

A “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” é norma de *status* constitucional (art. 7º, XXII, CF/88), assim como são a valorização do trabalho humano e a defesa do meio ambiente (art. 170, CF/88), nele compreendido o do trabalho (art. 200, VIII, CF/88).

Na mesma linha, a Convenção nº 148 da OIT¹¹, que trata dos riscos profissionais decorrentes de *contaminação do ar*, do ruído e das vibrações no meio ambiente do trabalho, tem como princípio a eliminação de todo risco à saúde daí derivado, consignando o dever dos empregadores de adoção das medidas necessárias para tanto (art. 6º).

Pois bem.

O alto grau de contágio da COVID-19 é público e notório. Trata-se de doença infectocontagiosa que tem estimulado a criação de novos setores de isolamento nos mais diversos hospitais do Brasil e do mundo, e cujo combate se perfaz, primordialmente, por meio de medidas de distanciamento social e da vacinação.

Conforme Estudo Técnico divulgado pelo Ministério Público do Trabalho, a adesão à política de vacinação é essencial para a contenção da COVID-19 e dos drásticos impactos daí decorrentes, eis que:

.....
proferidas pelos Delegados Regionais do Trabalho em matéria de segurança e higiene do trabalho.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

11 <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm> Acesso em 30.04.2021.

As vacinas disponíveis têm mostrado eficácia significativa para inibir ou reduzir a manifestação dos sintomas, ou mesmo diminuir a incidência dos casos mais graves da doença, o que tem se evidenciado indispensável, no cenário atual de escassez a serviços, equipamentos e insumos de saúde, causador de mortes e sofrimento irreparáveis.¹²

A imunização maciça da população – e, por corolário, de trabalhadores – vai integralmente ao encontro, pois, da garantia de um meio ambiente seguro, no qual se compreende o meio ambiente do trabalho.

Discute-se, nessa linha de raciocínio, se a recusa à vacinação por um trabalhador é passível de constituir ato faltoso a demandar penalidade, por inobservância das instruções expedidas pelo empregador relativas à preservação da incolumidade do meio ambiente laboral.

3.2 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E A EXIGÊNCIA DA VACINAÇÃO.

O poder diretivo constitui prerrogativa do empregador com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos para o correto prosseguimento da atividade econômica. O empreendedor, nesse sentido, tem o poder de organizar o seu sistema produtivo, de controlar o cumprimento daquilo que foi determinado e, se for o caso, de punir os transgressores das ordens de comando¹³.

Conforme explicam PINHEIRO, LIMA SILVA e BOMFIM, a possibilidade de aplicação de penalidades decorre justamente desse poder de direção, consagrando o que se denomina poder disciplinar do empregador:

O empregado, ao celebrar o contrato individual com o empregador, passa a se submeter ao comando e direção deste último, o qual, assumindo os riscos da atividade econômica, passa a dispor do denominado poder empregatício. O poder empregatício decorre da lei (art. 2º da CLT) e do contrato de trabalho, possuindo diferentes feições: 1) poder diretivo; 2) poder regulamentar; 3) poder fiscalizatório; e 4) poder disciplinar.¹⁴

12 Ministério Público do Trabalho. Grupo De Trabalho Nacional – GT - COVID – 19. Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da COVID-19. Brasília, Janeiro de 2021, p. 10.

13 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7a ed. São Paulo: Saraiva, p. 318.

14 PINHEIRO, Iuri. Manual do compliance trabalhista: teoria e prática/Fabrcio Lima Silva, Iuri Pinheiro, Vólia Bomfim - 2. ed., rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CASSAR, nesse sentido, leciona sobre a prerrogativa do empregador, ante o descumprimento de deveres pelo empregado, de aplicação das penalidades de advertência, suspensão, ou até mesmo de justa causa (art. 482, CLT¹⁵):

Cabe ao empregador determinar as condições em que o trabalho deve se desenvolver, dirigindo a prestação de serviços. Daí exsurge o direito do empregador de fiscalizar (controle) o correto cumprimento dos afazeres do empregado e o direito de puni-lo (disciplinar), nos casos de descumprimento de seus deveres, aplicando-lhe as penas permitidas por lei – advertência, suspensão e justa causa.¹⁶

Considerados esses argumentos, parte da doutrina, com fulcro no entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da vacinação compulsória, entende possível a aplicação da justa causa quando verificada a recusa pelo empregado. O tema, nesse sentido, não seria de interesse individual, impondo o interesse público coletivo a ampla vacinação para neutralização das consequências do vírus.¹⁷

O trabalhador que descumpra o comando empregatício de vacinação, portanto, incorreria nos preceitos do art. 482 da CLT, praticando falta grave que viola a proteção do meio ambiente do trabalho e impede a manutenção do vínculo empregatício.

Esse foi entendimento o adotado no âmbito da 13ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que negou provimento a Recurso Ordinário de trabalhadora que pretendia a reversão de justa causa aplicada em razão da recusa injustificada¹⁸.

15 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação; [...]

16 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1062.

17 ROBORTELLA, Luiz Carlos; PERES, Antônio Galvão. Covid-19 – Vacinação dos trabalhadores – Direito/Dever de todos. Disponível em: <<https://migalhas-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/migalhas.uol.com.br/amp/depeso/340178/covid-19--vacinacao-dos-trabalhadores--direito-dever-de-todos>> Acesso em 06.06.2022.

18 Processo nº 1000122-24.2021.5.02.0472 (RORSum), Relatora: Rosemeire Uehara Tanaka,

Confira-se trecho da decisão turmária, *in verbis*:

A recorrente insiste na reversão da justa causa que lhe foi aplicada, e reconhecida como válida e legítima pelo Sentenciador de origem. Aduz que a dispensa foi abusiva e acrescenta que o simples fato de ter se recusado a tomar vacina contra a COVID19 não pode ser considerado ato de indisciplina ou insubordinação, pois sempre cumpriu com todos os seus deveres profissionais, e nunca desrespeitou as ordens de seus superiores.

[...]

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 internações e óbitos e possibilitar o retorno da sociedade para as suas atividades laborativas, comerciais, empresariais, acadêmicas e familiares. 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. A bem da verdade, considerando a gravidade e a amplitude da pandemia, resta patente que se revelou inadequada a recusa da empregada que trabalha em ambiente hospitalar, em se submeter ao protocolo de vacinação

.....
Julgamento em 20/07/2021.

previsto em norma nacional de imunização, e referendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobretudo se considerarmos que o imunizante disponibilizado de forma gratuita pelo Governo (vacina), foi devidamente aprovado pelo respectivo órgão regulador (ANVISA). Desse modo, considerando que a reclamada traçou estratégias para a prevenção da COVID19, divulgou informações e elaborou programa de conscientização para assegurar a adoção de medidas protetivas e a vacinação de seus colaboradores, não se mostra razoável aceitar que o interesse particular do empregado prevaleça sobre o interesse coletivo, pois, ao deixar de tomar a vacina, a reclamante realmente colocaria em risco a saúde dos seus colegas da empresa, bem como os demais profissionais que atuam no referido hospital, além de pacientes, e seus acompanhantes. Acrescente-se que é dever do empregador oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho salubre e seguro, nos termos da Lei, reprisando-se que no caso vertente, a reclamada comprovou a adoção das medidas necessárias e disponibilizou aos seus colaboradores informativos sobre a necessidade de minimizar os riscos de contágio, incluindo, por óbvio, a necessidade de aderir ao sistema de imunização. Diante de tais circunstâncias, e considerando que a reclamante já havia sido advertida anteriormente pelo mesmo motivo, e em nenhum momento tentou justificar (seja para a reclamada, seja em Juízo), o motivo que teria ensejado a recusa em tomar a vacina disponibilizada de forma emergencial e prioritária ao grupo de trabalho ao qual ela pertencia (dadas as condições de risco por trabalhar em ambiente hospitalar de risco), fico plenamente convencido de que a conduta adotada pela reclamada (aplicação da justa causa) não se revelou abusiva ou descabida, mas sim absolutamente legítima e regular, porquanto, para todos os efeitos, a reclamante não atendeu à determinação da empresa. Ante todo o exposto, tenho por bem manter a improcedência dos pedidos formulados na exordial, e negar provimento ao apelo ora interposto, em todos os seus aspectos.

No mesmo sentido decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região¹⁹, conforme trechos abaixo colacionados:

Insiste a reclamante no reconhecimento da rescisão indireta de seu contrato de trabalho por ter sido vítima de assédio moral em razão de pressão interna da empresa para que ela se vacinasse contra a Covid-19, em face da recusa por cunho ideológico por ela apresentada.

[...]

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

19 Processo no 0010091-68.2021.5.15.0068, RORSum), Relator: Roberto Barros da Silva, Julgamento em 19/07/2021.

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 nº13.979/2020 - 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 “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”.

Ainda:

JUSTA CAUSA. ATOS DE INDISCIPLINA E INSUBORDINAÇÃO E DESÍDIA. MANUTENÇÃO. Comprovados os atos faltosos do reclamante no exercício de suas funções, ao não comparecer inúmeras vezes ao serviço sem qualquer justificativa e não respeitar as normas internas da empresa, culminando com sua recusa injustificada em tomar a vacina contra a covid-19, deve ser mantida a dispensa motivada por atos de indisciplina, insubordinação e desídia, todos previstos no art. 482, da CLT. (TRT-11 00001687920215110019, Relator: Solange Maria Santiago Morais, 1ª Turma, Julgamento Virtual 02 a 07 de dez/21).

Outra vertente, contudo, entende que, em que pese possa o empregador utilizar de seu poder discricionário e não manter em seus quadros o empregado que se recusa a cumprir a política de saúde da empresa, a aplicação da justa causa ou outras penalidades não se afigura possível, pelo não enquadramento da conduta nos casos taxativamente previstos no art. 482 da CLT.²⁰

MARQUES, nessa linha de raciocínio, entende cabível tão somente a dispensa sem justa causa nessas hipóteses, consoante lições ora transcritas:

É que em devendo o empregado observar as normas de higiene e saúde do trabalho,

20 JUBILUT, Leonardo Collesi Lyra. A vacina e o trabalho. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340857/a-vacina-e-o-trabalho>> Acesso em 06.06.22.

artigo 158, I, da CLT, c/c NR-1, p. 6.730/20 e, levando em conta o problema presente da pandemia da COVID19, situação esta em que uma das opções legislativas, artigo 3º, “d” da lei 13.979/20, é a vacinação, com posterior adoção de plano nacional de vacinação (imunização), pode parecer certo que a recusa do empregado em tomar a vacina acarrete justa causa do empregado, artigo 482, “h”, da CLT, ato de indisciplina e de insubordinação.

Não é fácil, como se pode ver, enquadrar a questão. É por isso que cabe ao empregador, antes de aplicar a justa causa, averiguar se não há outra forma de evitar a despedida. Por exemplo realocar o empregado, deixá-lo laborando em casa, entre outras medidas substitutivas à punição. E isso se justifica pois que é perfeitamente possível que o trabalhador não queira, por questões de intimidade e consciência próprios dos direitos de personalidade, receber a vacina.

O que se apresenta, contudo, para mim mais adequado é a despedida sem justa causa, com a escusa, pelo empregador, de despedida discriminatória justamente em função da recusa pelo trabalhador de receber a vacina. Note-se que esta recusa é legítima e preserva direito de personalidade do trabalhador mas faz com que, uma vez despedido em razão disso, pelo interesse da preservação da saúde coletiva, não possa alegar tratar-se de despedida discriminatória pois que, como dito, esta preserva o interesse coletivo quanto à imunização.

[...]

Registro que sobre o tema países europeus se posicionam na ideia de não ser possível exigir a vacinação junto aos empregados e que o rompimento dos pactos laborais pode acarretar ato discriminatório e despedida injusta, o que, em muitos países, converteria em indenização ou reintegração, conforme o caso.²¹

Noutro viés, sabe-se que o uso irregular do poder diretivo pelo empregador abre espaço ao direito de resistência do empregado, isto é, à prerrogativa de resistir e não cumprir o comando empregatício, quando for este emanado fora dos ditames legais.

Assim, uma terceira vertente entenderia que a recusa injustificada à vacinação contra a COVID-19 adentra no direito de resistência do trabalhador ao cumprimento de determinações que não se enquadrem no ordenamento jurídico, dando-se enfoque à liberdade individual do trabalhador.

Inobstante esses dois últimos entendimentos, a imunização compulsória de todos os cidadãos, neles incluídos os trabalhadores, vai ao encontro da garantia da vida, da saúde e de um meio ambiente seguro. Trata-se de obrigação prevista em Lei (nº 13.979/20), cujo não cumprimento autoriza a adoção de medidas restritivas, na forma do entendimento vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

21 MARQUES, Rafael Rodrigues. Justa causa e vacinação compulsória – risco quanto à fertilidade feminina. Disponível em: <revisaotrabalhista.net.br> Acesso em 30.04.2021.

Desse modo, a possibilidade de disseminação da doença no ambiente laboral decorrente de injustificada não vacinação autoriza, sim, a aplicação de medidas disciplinares (art. 482, h, CLT), como a suspensão do contrato de trabalho até que comprovada a vacinação, ou, finalmente, a dispensa por justa causa do empregado que se recusa.

Tamanha é a preocupação com o contágio no ambiente laboral que a não adoção de medidas preventivas para conter a COVID-19 já resultou, inclusive, na condenação de um empregador/frigorífico no Brasil em razão de surto da doença, quando atestada, em Ação Civil Pública, a prática de labor sem distância mínima entre os trabalhadores e sem a devida circulação de ar.²²

No mesmo diapasão, em Ação Civil Pública movida contra os Correios, reconheceu-se a natureza ocupacional da COVID-19 em razão da não adoção, pela empregadora, de medidas aptas à redução do contágio entre os trabalhadores.²³

Cumpra salientar que, caso o empregado apresente justificativa legítima a impossibilitar a aplicação do imunizante, o afastamento da penalidade disciplinar, com fundamento na razoabilidade, é medida que se impõe. Cabe, assim, a análise cuidadosa de cada caso concreto.

MARQUES, aliás, afirma não ser possível a despedida de empregada em idade reprodutiva que se recuse a ser vacinada contra a COVID-19, em razão da inexistência de estudos sobre os impactos do imunizante sobre sua fertilidade.

Confira-se:

No meu ponto de vista as duas situações divergem (trabalhadores em geral e empregadas que alegam risco quanto à fertilidade). Isso porque a questão da vacinação, no caso das mulheres em idade reprodutiva, transcende ao “eu” e atinge a todos. Não é uma recusa individual por motivos de foro íntimo ou consciência mas sim de preservação da espécie e de prosseguimento dela com saúde. Destaco ser sabido que, embora a situação seja grave, a COVID tem um índice de letalidade de menos de 0,5%, o que não coloca, nem de perto, em risco o futuro da espécie humana.

Em outra visão, em não havendo segurança quanto aos efeitos da vacina sobre a fertilidade, é prudente, e isso pelo princípio da precaução, não se exija da mulher

22 Processo no. 0000070-18.2020.5.14.0061. Disponível em: <<https://pje.trt14.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000070-18.2020.5.14.0061/1>> Acesso em 30.04.2021.

23 Processo no. 1000708-47.2020.5.02.0391. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000708-47.2020.5.02.0391/1>> Acesso em 30.04.2021.

receber a vacina sob pena de, em se negando, perder o emprego. É salutar lembrar que a constituição brasileira de 1988 é um diploma socioambiental, o que faz perfeitamente possível se colha este princípio de direito ambiental para aplica-lo ao direito do trabalho. E não apenas quanto ao meio ambiente do trabalho, mas em razão dos efeitos de certa medida médica não comprovada pela ciência quanto aos seus efeitos futuros.

É por isso que nesta situação em particular sustento que não cabe, em para mim sequer é duvidoso ou discutível (como pode ser no caso dos empregados em geral) a justa causa. Caberá ao empregador remanejar a trabalhadora ou deixa-la em casa, sem prejuízo dos salários, não podendo aplicar sequer a despedida sem justa causa. O interesse, aqui, na preservação da espécie e das gerações futuras se sobrepõe ao direito coletivo à saúde, pois que se pode perfeitamente ou remanejar a trabalhadora ou deixa-la em casa, e à propriedade privada e liberdade de empresa (livre iniciativa), pois que estas últimas dependem de sua função socioambiental, artigo 5º, XXIII, da CF/88. Considera-se aqui que eventual acréscimo econômico ou mesmo limitação à ação de despedida do empregador encontram óbice, neste caso específico (despedida da empregada que alega risco quanto à sua fertilidade), no que estabelece o antes citado artigo da constituição.²⁴

Muitos são, portanto, os vieses acerca da temática, cuja análise pelo empregador deve ser sempre realizada de forma acurada, com a verificação das particularidades de cada caso concreto e, outrossim, em observância ao devido e transparente processo legal privado.

4 CONCLUSÃO

Na primeira versão publicada deste trabalho, o plano nacional de imunização contra a COVID-19 levado a efeito no Brasil ainda se revelava em incipiente prosseguimento. O acesso à vacina pelos trabalhadores em geral, com efeito, ainda não se revelava integral, circunstância que tornava escassos os casos já enfrentados pelos Tribunais Trabalhistas sobre a temática tratada no presente estudo.

Naquele momento, poder-se-ia dizer que tal discussão mais se aplicaria aos trabalhadores dos estabelecimentos de saúde, que ocupavam posição prioritária no plano nacional de imunização e cuja essencialidade das atividades tornava imperioso o regime presencial de labor.

No presente cenário, todavia, a ampliação da vacinação no País e a disponibilidade

24 MARQUES, Rafael Rodrigues. Justa causa e vacinação compulsória – risco quanto à fertilidade feminina. Disponível em <revisaotrabalhista.net.br> Acesso em 30.04.2021.

a maior espectro de trabalhadores, com o sequente retorno das atividades laborais ao regime presencial ou semipresencial já verificado em setores diversos, torna a presente discussão ainda mais necessária e relevante.

Pelo estudo ora empreendido, nota-se ainda inexistir resposta pacífica, na doutrina ou na jurisprudência – apesar de já se verificar certa inclinação nesta última –, acerca dos efeitos da recusa à vacinação contra a COVID-19 por um empregado. Verifica-se, entretanto, que a manutenção de um meio ambiente do trabalho seguro, prerrogativa amplamente abarcada pelo acervo normativo pátrio e de interesse coletivo, incumbe tanto ao empregador quanto ao trabalhador.

Dessarte, assim como o empregador deve ser penalizado pelo não cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, deve também o empregado sofrer as consequências da recusa desarrazoada à vacinação contra a COVID-19, doença que tem impactado drástica e negativamente na preservação da vida e da saúde não somente no meio ambiente do trabalho, mas em toda a sociedade.

Diante disso, inobstante entendimentos em sentido diverso, plenamente cabível a aplicação da justa causa nas hipóteses de recusa injustificada, conforme art. 482, h, da CLT, pelo não cumprimento das instruções do empregador atinentes à saúde e à segurança do trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-5452compilado.htm. Acesso em 06.jun.2022.

BRASIL. Lei n.º 13.979. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Brasília, fev. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em 06.jun.2022.

Brasil. **Legislação COVID-19** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm> Acesso em 06.jun.2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, Pessoa Cavalcante, JOUBERTO DE QUADROS. **Direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

JUBILUT, Leonardo Collesi Lyra. **A vacina e o trabalho**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340857/a-vacina-e-o-trabalho>> Acesso em 06.jun.2022.

MARQUES, Rafael Rodrigues. **Justa causa e vacinação compulsória – risco quanto à fertilidade feminina**. Disponível em <revisaotrabalhista.net.br> Acesso em 30.abr.2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7a ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

Ministério Público do Trabalho. Grupo De Trabalho Nacional – GT - COVID – 19. **Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da COVID-19**. Brasília, Janeiro de 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas - **Convenção n. 148**. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm> Acesso em 06.jun.2022.

PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance trabalhista: teoria e prática**./Fabrício Lima Silva, Iuri Pinheiro, Vólia Bonfim - 2. ed., rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ROBORTELLA, Luiz Carlos. PERES, Antônio Galvão. Covid-19 – **Vacinação dos trabalhadores – Direito/Dever de todos**. Disponível em: <<https://migalhas-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/migalhas.uol.com.br/amp/depeso/340178/covid-19--vacinacao-dos-trabalhadores--direito-dever-de-todos>> Acesso em 06.jun.2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>> Acesso em 30.abr.2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>> Acesso em 30.abr.2021.

Artigo publicado originalmente na “R. Eletr. Ejud TRT 17. Reg., Vitória/ES, Ano 10, n. 19, p. 43-58, nov. 2021”

DA (IN)COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR AS CAUSAS ENVOLVENDO RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE REPRESENTANTE E REPRESENTADO

**Felipe Probst Werner
Veridiana Toczeki Santos**

RESUMO

O presente artigo científico visa esclarecer se a Justiça do Trabalho, diante da superveniência da Emenda Constitucional 45/2004 é a competente para julgar as causas envolvendo relação jurídica entre representante e representado. Através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho expõe o conceito de representação comercial, princípios, classificação e seus principais aspectos, bem como diferencia relação de trabalho, relação de emprego e contrato de trabalho, concluindo ao final sobre a competência ou não da justiça do trabalho no julgamento das lides envolvendo o contrato de representação comercial.

Palavras-chave: Competência, Justiça do Trabalho, Representante Comercial, Emenda Constitucional 45/2004; Relação de Trabalho; Relação de Emprego.

ABSTRACT

This research paper aims to clarify whether the Labour Court before the occurrence of the Constitutional Amendment 45/2004 is competent to judge cases involving

Felipe Probst Werner

Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC. Graduado pelo Curso de Direito e pelo Curso de Administração da Universidade do Vale do Itajaí/SC. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da Faculdade Avantis. Professor do Curso de Direito da Faculdade Avantis. Advogado. Endereço eletrônico: felipe@pwa.adv.br.

Veridiana Toczeki Santos

Pós-graduada em Direito do Processo do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Marítimo e Portuário pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC. Professora do Curso de Direito da Faculdade Avantis/SC. Advogada. Endereço eletrônico: veridiana@pwa.adv.br

legal relationship between representative and represented. Through doctrinal and jurisprudential research, the work exposes the concept of commercial representation, principles, classification and its main aspects, as well as differentiates working relationship, employment relationship and the employment contract, concluding at the end of the competence or otherwise of justice work in the trial of litigations involving the commercial agency agreement.

Keywords: Competence, Labour Justice, Trade Representative Constitutional Amendment 45/2004; Work relationship; Employment Relationship.

Sumário: 1. Introdução. 2. O contrato de representação comercial 3. Relação de trabalho, relação de emprego e contrato de trabalho. 3.1. Representação mercantil *versus* relação de trabalho: contrapontos. 3.1.1. Das relações jurídicas fraudulentas – reconhecimento do vínculo empregatício. 4. Da (in)competência da justiça do trabalho para julgar as lides envolvendo relação jurídica entre representante e representado. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 45/2004 deu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, sendo que a competência da Justiça do Trabalho passou a abranger não somente as lides decorrentes da relação de emprego, como aquelas oriundas da *relação de trabalho*, na forma prevista nos incisos I e IX do artigo mencionado.

A chamada “reforma do poder judiciário” tinha o intuito de propiciar aos trabalhadores um tratamento adequado de suas demandas, diante da visão protetiva da Justiça do Trabalho.

Em razão da ampliação da competência, tendo em vista que a redação original se referia apenas à relação entre “empregados e empregadores”, diversas ações envolvendo relação de trabalho em sentido amplo passaram a ser ingressadas diretamente na Justiça do Trabalho.

Contudo, necessário se faz uma delimitação desse conceito de relação de trabalho, para que não venham a ser ingressadas na justiça laboral ações com pedidos decorrentes de relações comerciais/mercantis, como o direito ao recebimento de comissões decorrentes do contrato de representação comercial, que é o tema deste

artigo científico.

Isto porque, conforme será verificado nesta pesquisa, a relação jurídica entre representante (pessoa física ou jurídica) e representado não é laboral, e sim mercantil, empresarial, decorrente do contrato civil específico de representação comercial, regulado pela Lei 4.886/65, devendo seguir o que dita o art. 39 do referido regramento, e ser processado perante à Justiça Comum.

Para a pesquisa serão abordados os conceitos de representante comercial, a classificação desse contrato e seus principais aspectos. Serão explicitadas ainda as diferenças entre relação de trabalho, relação de emprego e contrato de trabalho. No último item, será abordado, através da jurisprudência e doutrina atual, a (in)competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar tais demandas. A metodologia que será aplicada é a dedutiva, eis que serão trazidas informações de doutrinadores renomados e julgados recentes para confirmar a premissa da competência da Justiça Comum.

2 O CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O ponto de partida para o presente estudo e uma das chaves para desvendar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar relações oriundas de uma relação jurídica de representação comercial é o correto entendimento do que vem a ser, no ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de representação comercial em si.

Para que se entenda o que é um contrato de representação comercial, primeiro se faz necessário demonstrar o que é de fato um contrato, pois apenas assim será possível dar passos concretos rumo ao objetivo que este estudo se propõe.

Sobre este tema, Silvio de Salvo Venosa dispõe didaticamente que “quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico”¹.

Este negócio jurídico quando visa criar, modificar ou extinguir obrigações e é bilateral, será denominado contrato eis que para Orlando Gomes, “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes”².

1 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. Ed. São Paulo: Atlas 2012, p. 357.

2 GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

Sabe-se que o contrato promove a circulação de riquezas e estimula a segurança jurídica, logo, é socialmente útil e de interesse público sua preservação, não por outro motivo é tutelado pelo direito por meio de princípios fundamentais deste instituto, como a autonomia de vontade, força obrigatória - *pacta sunt servanda*, consensualismo, boa-fé e função social.

É verdade que muitas vezes os princípios acima são relativizados em função de choques com outros aspectos do direito também chancelados pelo Estado, como, por exemplo, pelas normas de ordem pública oriundas do Direito do Trabalho.

São das premissas acima destacadas que parte-se para os elementos essenciais da relação de representação comercial, contrato este conceituado por Arnaldo Wald como “aquele pelo qual uma pessoa jurídica ou física, sem relação de dependência e em caráter não eventual, se obriga a realizar negócios por conta de outra, em zona determinada e mediante retribuição”³.

Regulamentado pela Lei 4.886/65 com suas posteriores alterações e também pelo Código Civil de 2002, o contrato de representação comercial é bilateral, consensual, comutativo, oneroso e de duração.

Em regra a coisa objeto do negócio fica em poder do proponente, aqui denominado representado, e, a partir da concretização do negócio com terceiro, o representante pode pleitear a coisa para que possa de fato efetivar o negócio. Em outras palavras, não tem o representante a disponibilidade imediata do bem a ser negociado.

A relação contratual não será de prestação única, mas de duração. Haverá, em regra, limitação de circunscrição para o exercício da atividade por parte do representante, e, em muitos casos, pode existir cláusula de exclusividade quando não haverá concomitantes representantes de um mesmo representado em área delimitada.

Característica fundamental deste tipo de contrato, além da estabilidade da relação jurídica – habitualidade e delimitação de zona para exercício de atividade, é a autonomia na prestação do serviço por parte do representante.

É a autonomia que diferenciará este tipo de contrato de uma relação trabalhista comum, ou seja, aquela que pressupõe pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação. Assim, para diferenciar um vendedor externo com vínculo empregatício de um representante comercial, bastará identificar se esta pessoa possui ou não autonomia para exercer suas funções.

3
WALD, Arnaldo. Direito civil: contratos em especial. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270.

Segundo Orlando Gomes, “a independência da ação do agente permite distingui-lo do empregado”⁴. Nas relações de representação comercial não haverá subordinação hierárquica entre representante e representado, mas sim meros atos de instrução praticados pelo representado a título de orientar o representante para o bom exercício de suas tarefas, observando-se, logicamente, os interesses do representado.

Examinados os conceitos e características do contrato de representação comercial, passar-se-á adiante às considerações acerca de sua temática dentro do direito do trabalho.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO, RELAÇÃO DE EMPREGO E CONTRATO DE TRABALHO

Com a alteração do art. 114 da CF/88, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, surgiram inúmeras controvérsias acerca do alcance do termo “relação de trabalho”, agora constante nos incisos I e IX do referido dispositivo legal.

Para se compreender a abrangência do termo expressado em lei, é necessário diferenciar os conceitos de relação de trabalho, relação de emprego e ainda de contrato de trabalho.

A delimitação dos conceitos é necessária para que haja a correta interpretação da Carta Magna, em compasso com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e para que se possa chegar ao que temos atualmente como a nova competência material da justiça laboral, verificando se engloba ou não as lides envolvendo os contratos de representação comercial.

Antes de adentrar nos conceitos citados, define-se o contrato de atividade, nas palavras de Jean Vincent, como sendo “todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui o objeto da convenção ou uma das obrigações que ela comporta”⁵.

Amauri Mascaro do Nascimento conceitua: “Correspondentemente no plano do direito material ganha importância a distinção entre contratos de atividade e contratos de resultado, aqueles tendo como objeto a atividade do prestador de serviços independentemente do resultado, estes tendo como objeto o resultado

4 GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 452.

5 VINCENT, Jean. La dissolution Du contrat de travail, p. 27. Apud GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.131.

alcançado independentemente da atividade. Os contratos de atividade são submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho⁶.

Portanto, os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, que é gênero, ao passo que a relação de emprego é espécie desse gênero, sendo que a relação de emprego é a que está presente nos artigos 2º e 3º da CLT. Logo, toda relação de emprego é relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é relação de emprego.

Destaca-se que tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, através da qual se vinculam duas pessoas juridicamente, tendo por objeto um interesse a ser discutido no ordenamento jurídico. Destaca-se a definição de Miguel Reale: “Para existir relação jurídica é preciso a presença de dois requisitos. Em primeiro lugar uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias o plano da experiência”⁷.

Os termos podem ser conceituados da seguinte forma: “Relação de trabalho é a situação jurídica entre duas pessoas visando à prestação de serviços. Contrato de trabalho é o negócio firmado entre empregado e empregador sobre condições de trabalho [...] a relação de emprego está compreendida na competência da Justiça do Trabalho, pois é uma relação de trabalho”⁸.

Para Maurício Godinho Delgado, relação de trabalho é “toda relação jurídica caracterizada por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”⁹.

As modalidades de relação de trabalho que não se constituem em relações empregatícias são inúmeras, como, por exemplo, o trabalho autônomo, o trabalho eventual, estágio e o trabalho voluntário. Cada uma dessas modalidades apresenta peculiaridades próprias, as quais devem ser distinguidas, para que se dê tratamento

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Rumos atuais do debate sobre relações de trabalho e a competência da Justiça do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 48.

7 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 26º ed. Saraiva: São Paulo, 2002. p. 216.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho: Doutrina e Prática Forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 104.

9 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 265.

jurídico adequado à demanda do trabalhador. Destaca-se que o sistema protetivo da justiça laboral deve alcançar apenas os empregados (trabalhadores subordinados, detentores de relação de emprego).

No entendimento de Renato Saraiva, “relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação”¹⁰.

Arnaldo Sussekind traz o conceito de relação de trabalho, destacando que deve ser aquele prestado por pessoa física mediante remuneração, nos seguintes termos:

“Para mim, relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelo serviço prestado. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado”.¹¹

Já Mauro Schiavi entende que a relação de trabalho constitui-se em trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade¹².

Assim, estariam evidentemente excluídas as relações de trabalho em que o trabalho for prestado por pessoa jurídica, eis que o trabalho humano não é objeto dessas relações jurídicas e sim um contrato de natureza cível ou comercial.

Isso porque o requisito da pessoalidade mostra-se essencial na configuração da relação de trabalho, como ensina Mauro Schiavi: “Entendemos que o requisito da pessoalidade também deve ser preponderante para que ocorra a relação de trabalho, embora possa haver uma substituição ocasional, com a concordância do tomador. [...] o trabalho prestado por vários trabalhadores ao mesmo tempo pode configurar a prestação de serviços por intermédio de uma sociedade de fato ou de uma empresa, o que descaracteriza a relação de trabalho”¹³.

10 SARAIVA, R. Direito do Trabalho para concursos públicos. 4 ed. São Paulo: Método, 2006, p. 34.

11 SÜSSEKIND, Arnaldo. A EC – 45 e as relações individuais do trabalho. Revista da Escola Nacional da Magistratura, n. 3, abr. 2007, p. 10.

12 SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão "relação de trabalho" e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 1, p. 36-59, jan./abr. 2006, p. 38.

13 SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão "relação de trabalho" e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto

E para que seja configurada uma relação de emprego, é necessária a presença dos seus principais elementos: a) pessoalidade; b) não eventualidade; c) onerosidade e d) subordinação jurídica.

O elemento da pessoalidade significa afirmar que a relação de emprego é marcada pela natureza *intuitu personae* do empregado em relação ao empregador, isto é, o empregador contrata o empregado para que este lhe preste serviços pessoalmente, e nunca através de prepostos.

A não eventualidade traz a ideia de que o trabalho deverá ser necessário à atividade normal do empregador, nos dizeres de Alice Monteiro de Barros¹⁴.

A relação de emprego pressupõe também a onerosidade da prestação, sob a forma de remuneração pelos serviços prestados, ou seja, o empregado aceita trabalhar em favor de outrem, sendo compensado com um salário.

E como principal elemento diferenciador entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho, temos a subordinação jurídica, que decorre do contrato de trabalho estabelecido entre as partes. A contraposição à subordinação é a autonomia.

As relações de trabalho subordinadas são aquelas descritas nos arts. 2º, 3º da CLT¹⁵, que dispõem:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Já o artigo 442 do mesmo Codex preceitua o que é o contrato individual de trabalho:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Referente à subordinação jurídica, Alice Monteiro de Barros define que não é necessária a vigilância constante para configuração do requisito da subordinação,

.....
Alegre, RS, v. 72, n. 1, p. 36-59, jan./abr. 2006, p. 40.

14 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 173.

15 BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943.

bastando apenas que se posse comandar a atividade do empregado: “Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens”¹⁶.

Alguns doutrinadores adicionam o elemento da alteridade, revelando que o empregado deve desempenhar suas tarefas por conta alheia¹⁷. Ou seja, os riscos da atividade econômica exercida pelo empregador cabem apenas a ele, como expressa Renato Saraiva: “Tendo laborado para o empregador, independentemente da empresa ter auferido lucros ou prejuízos, as parcelas salariais sempre serão devidas ao obreiro, o qual não assume o risco da atividade econômica”¹⁸.

Quanto ao termo contrato de trabalho, elucida Sergio Pinto Martins¹⁹: “Representa o contrato de trabalho um pacto de atividade, pois não se contrato um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que obtém a referida prestação. Tais características evidenciam a existência de um acordo de vontades caracterizando a autonomia privada das partes”.

Tem-se, contudo, que não é qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do Direito do Trabalho, mas apenas as relações que contem todos os elementos acima citados.

3.1 Representação mercantil *versus* relação de trabalho: contrapontos

Entende-se que a relação jurídica entre representante e representado não deve ser considerada relação de trabalho, diante da ausência de elementos caracterizadores

16 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 189.

17 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 186.

18 SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. (Concursos públicos), p. 44.

19 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

dessa relação jurídica, sendo os principais a subordinação e a salário (contraprestação por serviços prestados).

Deve ser compreendido, primeiramente, que o contrato de representação comercial é uma relação jurídica não empregatícia, caracterizada pela autonomia do representante comercial perante o representado. Portanto, diferencia-se do tipo legal previsto nos art. 2º e 3º da CLT, ante a inexistência de subordinação. “A relação mercantil/civil em análise é necessariamente autônoma, ao passo em que é necessariamente subordinada a relação trabalhista de emprego”²⁰.

Além da autonomia, os contratos de representação comercial normalmente caracterizam-se pela impessoalidade da figura do representante, diante da possibilidade da intermediação de negócios ser realizada através de prepostos.

Sabe-se que pode ser o representante comercial pessoa física, contudo, embora não seja um elemento atávico, é comum a fungibilidade da figura pessoal do representante no dia-a-dia da representação comercial.

Além disso, tem-se que a remuneração do representante comercial não pode ser vista como um salário, por não ser contraprestação pelos serviços prestados, e sim resultado da mediação realizada pelo representante, como explica Rubens Requião: “A remuneração do agente ou representante comercial, cujo pagamento e obrigação da empresa representada, chama-se comissão, e é geralmente calculada em termos de percentagem sobre o valor do negócio por ele agenciado. [...]. A comissão não constitui retribuição pelo trabalho prestado, mas contraprestação resultante da utilizada de que decorre da mediação efetuada. Assim, se da mediação nenhum resultado econômico resulta para o representado, a comissão não é devida”²¹.

Portanto, o representante comercial, através de contrato típico específico de representação comercial, é aquele que assume os riscos do seu negócio, em nome de uma ou mais pessoas, para mediação na realização de negócios mercantis, com o objetivo de produzir o resultado útil e não um serviço como um valor em si, como ocorre no contrato de prestação de serviços, motivo pelo qual não pode a relação jurídica não pode ser considerada um contrato de trabalho.

20 DELGADO, Maurício Godinho. Contrato de trabalho e afins: comparações e distinções. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 31, n. 61, p. 75-92, jan./jun. 2000. p. 85.

21 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. ed. Atualização de Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

3.1.1 Das relações jurídicas fraudulentas - reconhecimento do vínculo empregatício

Mesmo diante da diferenciação realizada entre contrato de representação comercial, relação de trabalho (gênero) e relação de emprego (espécie), deve ser esclarecido que são recorrentes na rotina empresarial relações sócio jurídicas imprecisas e turvas, as quais podem constituir situações de fraude aos direitos trabalhistas, devendo desse modo ser verificada a ocorrência ou não do vínculo empregatício entre as partes.

Prevalecendo no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, sendo que os fatos se sobrepõem à forma, mesmo a pessoa jurídica pode pleitear na justiça laboral o vínculo empregatício, desde que comprove a presença dos elementos do contrato de emprego acima citadas. Nesse caso, desfaz-se o envoltório civil/comercial que encobre a relação socioeconômica concreta, despontando o caráter empregatício do pacto efetivamente formado.

Na verificação da existência da relação civil/comercial da representação comercial ou relação empregatícia, devem ser observadas principalmente as seguintes características já citadas: pessoalidade, subordinação e salário²².

Como já dito, a pessoalidade pressupõe que o trabalhador presta o serviço pessoalmente, não se fazendo representar por prepostos, prevalecendo a regra da infungibilidade.

Sabe-se que na relação entre representante e representado, costuma-se contratar prepostos para representação dos produtos ou serviços da representada, potencializando a sua capacidade laborativa. Caso haja o elemento da pessoalidade, pode-se estar diante de uma relação jurídica falsa, desde que observada também os demais elementos da relação de emprego.

Deve ser observada ainda, como principal elemento diferenciador, a subordinação existe entre as partes, eis que tipifica as ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro.

Portanto, se houver continuidade, repetição e intensidade de ordens em relação ao modo como o empregador deve desempenhar suas funções, apenas assim estaremos diante da figura do empregado.

22 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Ltr, 200, p. 303.

Entretanto, caso não haja essa contínua, repetida e intensa ação do tomador sobre o obreiro, estar-se-á diante da figura do representante comercial, regulada pela Lei 4.886/65 e Código Civil de 2002.

No entendimento de Renato Saraiva, o empregado é subordinado ao empregador, devendo o empregado acatar as ordens e determinações emanadas, sendo que o tomador de serviços pode aplicar sanções “em caso de cometimento de falta ou descumprimento das ordens emitidas”²³.

A subordinação pode ser verificada em casos concretos, como, por exemplo, no comparecimento diário na empresa; cumprimento de roteiro de visitas determinado pelo empregador; presença obrigatória à reuniões; recebimento de ordens diretas e sanções em caso de execução inadequada de serviços; estabelecimento de metas²⁴; fiscalização sobre as atividades; exclusividade, entre outras²⁵.

Destaca-se importante esclarecimento feito por Maurício Godinho Delgado²⁶: “Ressalte-se, contudo, que há outros traços que, mesmo despontando no plano concreto, não tem aptidão de traduzir, necessariamente, a existência de subordinação. É que são aspectos comuns que ao contrato de representação mercantil ou agência e distribuição, quer ao contrato de vendedor empregado (CLT e Lei 3.207/57). São estes os traços fronteiros usualmente identificados: remuneração parcialmente fixa; cláusula de não concorrência; presença de diretivas e orientações gerais do representado ao representante; presença de planos específicos de atividades em função de certo produto”.

Portanto, havendo as características de uma relação laboral, tipificando-se relação de emprego, afasta a incidência das normas específicas citadas na Lei 4886/65 e CC/2002, aplicando as normas justrabalhistas.

23 SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. (Concursos públicos), p. 43 e 44.

24 REPRESENTANTE COMERCIAL. VÍNCULO TRABALHISTA. Reconhecido. A imposição de metas fixadas pela reclamada retira do representante comercial a disponibilidade de seu tempo livre e de sua natural autonomia na desenvolvimento do labor, exsurgindo, assim, a subordinação jurídica, requisito diferencial, que aliado à pessoalidade na prestação de serviços por pessoa física, com onerosidade e não eventualidade, caracteriza a relação de trabalho com liame empregatício. (TRT 2ª Região, Ac. 20141010724, Rel. ANISIO DE SOUSA GOMES, j. 05.11.2014. Fonte: disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2768750>. Acesso em 26.12.2015.

25 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 188.

26 DELGADO, Mauricio Godinho. Contrato De Trabalho E Afins: Comparações E Distinções. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 31 (61): 75-92, Jan./Jun.2000. p.87.

4 DA (IN)COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR AS LIDES ENVOLVENDO RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE REPRESENTANTE E REPRESENTADO

Considerando o contexto da multiplicidade de lides existentes na sociedade, para que a jurisdição atue adequadamente, criaram-se critérios para que “os conflitos fossem distribuídos de forma uniforme aos juízes a fim de que a jurisdição pudesse atuar com maior efetividade e também proporcionar ao jurisdicionado um acesso mais célere e efetivo à jurisdição”. Assim, a competência é a “distribuição da jurisdição entre os diversos juízes”²⁷.

A competência material da Justiça do Trabalho sofreu impactantes mudanças após a aprovação da Emenda de Reforma do Poder Judiciário (EC. N. 45/04 de 08 de dezembro de 2004).

Antes da referida Emenda, o art. 114 da CF/88 trazia os seguintes dizeres: “Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os *dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. (...)”

Desse modo, não havia discussão quanto a competência da Justiça Comum no julgamento das relações jurídicas entre representante e representado, na inteligência do art. 39 da Lei 4.886/65²⁸:

“Art. 39. Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.”

Após as alterações, o art. 114 da CF/88²⁹ passou a vigorar nos seguintes termos:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público

27 SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2009, p. 158.

28 BRASIL, Lei 4886, de 09 de dezembro de 1965.

29 BRASIL. Constituição, 1988.

externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

(...)

IX *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.*" (Destaques nossos).

Extraí-se do dispositivo supracitado que a principal mudança ocorreu na competência material da justiça laboral, que julgava apenas os conflitos entre empregados e empregadores e, excepcionalmente, as lides decorrentes da relação de trabalho.

Sobre este tema merece destaque entendimento de Mauro Schiavi: "Assim, o critério da competência da Justiça do Trabalho que era pessoal, ou seja, em razão das pessoas dos trabalhadores e empregadores, passou a ser em razão de uma relação jurídica, que é a de trabalho"³⁰.

Diante da vigência da Emenda, que teria ampliado a competência material da Justiça do Trabalho, diversas demandas envolvendo a relação entre representante e representado foram ingressadas na justiça laboral sob a alegação de que a representação comercial, independentemente do seu conteúdo estar definido numa lei de natureza civil (Lei 4.486/65), seria considerada relação de trabalho e, também em razão da suposta hipossuficiência do representante, a justiça do trabalho seria a competente para conhecer e julgar as ações.

Explicitado o conceito de relação de trabalho no item anterior, resta saber se a competência material da Justiça do Trabalho realmente abrange as relações jurídicas entre representantes e representados.

Primeiramente, destaca-se que a matéria não se encontra pacificada na doutrina, nem jurisprudência, o que transforma a questão em uma celeuma jurídica, abrindo margem para questionamentos e controvérsias.

A matéria debatida, inclusive, foi objeto de Recurso Extraordinário no STF³¹, sendo reconhecida a repercussão geral do tema e fixada a seguinte tese: "*Preenchidos os requisitos dispostos na lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes.*"

30 SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2009. p. 162.

31 STF. RE 606003. Rel. Min. Marco Aurélio. DIVULG 13/10/2020 PUBLIC 14-10-2020.

A decisão serve como orientação de decisões em processos semelhantes sobrestados em outras instâncias.

No recurso que tramitava na Suprema Corte, uma empresa do Rio Grande do Sul alegava violação dos artigos 5º, incisos LIII e LXXVIII, e 114, incisos I e IX, da Constituição Federal e pedia que a justiça comum julgasse uma ação de cobrança de comissões movida por um representante comercial. O argumento era de que não havia relação de trabalho, diante da ausência do requisito da subordinação. Assim, as modificações trazidas pela EC 45 não alcançariam esse tipo de contrato.

Sobre essa questão, já foi esclarecido que o contrato de representação comercial não se caracteriza como relação de emprego, conforme dicção do art. 1º da Lei 4.886/65.

Fica evidente, portanto, que o vínculo existente numa representação comercial não se enquadra nos dizeres do art. 3º da CLT, eis que, dentre os requisitos que definem uma relação de emprego, não há o da relação de dependência ou subordinação.

Repisa-se, ainda, que não pode a relação jurídica entre representante e representado ser reconhecida como relação de trabalho, considerando que se encontra ausente, além da subordinação, o salário, eis que as comissões recebidas pelo representante comercial advêm do resultado dos negócios intermediado pelo representante, não tendo caráter de contraprestação pelos serviços prestados.

Entretanto, mesmo que seja entendido que se trata de relação de trabalho, *ad argumentandum tantum*, destaca-se que, em que pese o art. 114 da CF/88, inciso I, disponha que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, a competência *ratione materie* deve ser definida em face da natureza jurídica da *quaestio*, deduzida dos respectivos pedidos e causa de pedir, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“1. Malgrado o artigo 114, inciso I da Constituição Federal, disponha que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, na Segunda Seção desta Corte Superior é firme a orientação de que a *competência ratione materiae* deve ser definida em face da natureza jurídica da *quaestio*, deduzida dos respectivos pedido e causa de pedir. 2. O art. 1º da Lei nº 4.886/65 é claro quanto ao fato de o exercício da representação comercial autônoma não caracterizar relação de emprego. 3. *Não se verificando, in casu, pretensão de ser reconhecido ao autor vínculo empregatício, uma vez que objetiva ele o recebimento de importância correspondente*

pelos serviços prestados, a competência para conhecer de causas envolvendo contratos de representação comercial é da justiça comum, e não da justiça laboral, mesmo após o início da vigência da EC nº 45/2004 . 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara de Canoinhas/SC, o suscitado”³².

Mister destacar ainda a situação de que, independente da ação ser ajuizada por pessoa física ou jurídica, a competência para a causa julgar ainda será da Justiça Comum:

“Conflito negativo de competência. Justiça comum e laboral. Contrato de representação comercial. Rescisão. Ação proposta por pessoa jurídica. Natureza civil. Competência da justiça comum. - A jurisprudência da 2ª Seção já se manifestou no sentido de que, se a ação é ajuizada por pessoa jurídica, buscando a rescisão de contrato de prestação de serviços, a competência para apreciar a causa é da Justiça Comum.

*- Independentemente dessa circunstância, a competência para conhecer de causas envolvendo contratos de representação comercial é da justiça comum, e não da justiça laboral, mesmo após o início da vigência da EC nº 45/2004. Isso porque a representação comercial se caracteriza, entre outros fatores, pela ausência de subordinação, que é um dos elementos da relação de emprego”.*³³

Ainda, os precedentes do STJ são firmes ao afirmar que, inobstante a ampliação da competência decorrente da chamada Reforma do Poder Judiciário, diante do caráter civil do contrato entre representante e representado, é a justiça estadual a competente para apreciação das demandas: “Mesmo com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho em decorrência da alteração da expressão ‘relação de emprego’ para ‘relação de trabalho’, a Emenda Constitucional nº 45/04 não retirou a atribuição da Justiça Estadual para processar e julgar ação alusiva a relações contratuais de caráter eminentemente civil, diversa da relação de trabalho”.³⁴

Ademais, ainda na remota hipótese da representação comercial ser reconhecida

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 96851/SC, 2ª Seção, Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 20/03/2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17440591/conflito-de-competencia-cc-109422>. Acesso em: 28.12.2015.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 77.034/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 01/08/2007. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6574677/conflito-de-competencia-cc-98635> Acesso em 28.12.2015.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 117.722/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 02/12/2011. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21030663/conflito-de-competencia-cc-117722-ba-2011-0142101-4-stj> Acesso em 28.12.2015.

como relação de trabalho, como citado, tem-se a previsão do art. 39 da Lei da Representação Comercial, a qual, por tratar-se de norma específica, no confronto com norma de ordem geral, abstrata, deve prevalecer a primeira³⁵.

Portanto, as ações em que não se pleiteia o vínculo empregatício ou o recebimento de verbas trabalhistas e objetivam apenas o recebimento de importância correspondente pelos serviços prestados por representante comercial, quer seja pessoa física ou jurídica, devem ser julgadas pela Justiça Comum e não pela justiça laboral, mesmo após o início da vigência da EC 45/2004, já que as demandas não seriam de índole laboral, e sim, de natureza eminentemente civil/mercantil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisa-se que a jurisprudência e a doutrina têm se esforçado no intuito de definir a abrangência do termo *relação de trabalho*, objetivando determinar a competência material da justiça laboral, o que tem grande valia, diante da necessidade de preservação dos valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Constata-se que a constante evolução das normas trabalhistas decorre das transformações do Direito do Trabalho, diante da globalização e fatores do desenvolvimento tecnológico.

Assim, após anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada e publicada a Emenda de Reforma do Judiciário (EC 45/04 de 08 de dezembro de 2004), a qual incluiu na competência da justiça laboral as ações oriundas da relação de trabalho.

Denota-se, entretanto, que ainda não se encontra pacificado na doutrina e jurisprudência se a Emenda passou a incluir a relação jurídica existente entre representante e representado como competência da justiça do trabalho, pois além de tal relação possuir regime próprio disciplinado por lei específica, inexistente entre as partes elemento primordial para caracterização de uma relação de trabalho, qual seja:

35 “Constitui princípio hermenêutico o afastamento da norma geral, na existência de norma especial específica para determinada situação jurídica, não podendo as duas serem conjugadas, de forma a aplicar-se cumulativamente, visto sua natureza mutuamente excludente. Precedentes desta Corte. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região”. APELREEX: 1190 SC 2006.72.11.001190-6, Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, Data de Julgamento: 27/07/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/08/2010. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17469769/apelacao-reexame-necessario-apelreex-1190-sc-20067211001190-6-trf4>. Acesso em 28.12.2015.

subordinação.

A questão é de suma importância, devendo ser enfatizado que o prosseguimento de processo por juiz posteriormente declarado absolutamente incompetente ocasiona a anulação de todos os atos decisórios, conforme §2º do art. 113 do Código Processual Civil.

Diante disso, verificou-se que a questão foi objeto de Recurso Extraordinário no STF, no qual já foi reconhecida a sua repercussão geral, diante da possibilidade de repetição do tema em inúmeras ações. Na fixação da tese relativa ao tema 550, prevaleceu o entendimento do ministro Luís Roberto Barroso, que afirmou que, no caso da representação comercial, não há entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas mera relação comercial, que deve ser regida pela lei 4.886/65, julgando pela competência da justiça comum.

Conclui-se, portanto, que em que pese os entendimentos contrários, a relação jurídica legítima entre representante e representado trata-se de mera relação comercial/mercantil, tendo como objetivo resultado útil do trabalho realizado, relação jurídica definida em lei como não empregatícia e que também não pode ser considerada relação de trabalho, diante da ausência de subordinação, salário e comumente da pessoalidade.

Em tempo, destaca-se que a inclusão do termo relação de trabalho, que enseja a competência da justiça obreira vincula-se a existência de labuta de pessoa natural ou física, diante da preocupação do judiciário com a venda da força de trabalho da pessoa humana; e não pretende trazer para o âmbito da Justiça do Trabalho relações oriundas de contratos mercantis nos quais impera a igualdade entre os contratantes.

Portanto, não sendo verificada a pretensão de ser reconhecido um vínculo empregatício, ou seja, quando o autor objetiva apenas direitos sonogados decorrentes do contrato de representação comercial, a competência para conhecer a causa é da Justiça Comum e não da justiça laboral, mesmo após o início da vigência da EC 45/2004, já que as demandas não seriam de índole laboral, e sim, de natureza eminentemente civil/mercantil.

1. Referências Bibliográficas:

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, **Ac. 20141010724**, Rel. ANISIO DE SOUSA GOMES, j. 05.11.2014. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2768750>. (Acesso em 26.12.2015).

BRASIL, Lei 4.886, de 09 de dezembro de 1965. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm >. (Acesso em: 05 jan. 2016).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. (Acesso em 05 jan. 2016).

BRASIL. STF. **RE 606003**. Rel. Min. Marco Aurélio. DIVULG 13/10/2020 PUBLIC 14-10-2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. (Acesso em 30 mai. 2022).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 96851/SC**, 2ª Seção, Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Dje de 20/03/2009). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17440591/conflito-de-competencia-cc-109422>. (Acesso em: 28.12.2015).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 77.034/SP**, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 01/08/2007. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6574677/conflito-de-competencia-cc-98635> (Acesso em 28.12.2015).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 117.722/BA**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, Dje 02/12/2011. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21030663/conflito-de-competencia-cc-117722-ba-2011-0142101-4-stj> (Acesso em 28.12.2015).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APELREEX: 1190 SC 2006.72.11.001190-6**, Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, Data de Julgamento: 27/07/2010,

SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/08/2010. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17469769/apelacao-reexame-necessario-apelreex-1190-sc-20067211001190-6-trf4>. (Acesso em 28.12.2015).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. São Paulo: Forense, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: Doutrina e Prática Forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 188.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Rumos atuais do debate sobre relações de trabalho e a competência da Justiça do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 73, n. 3, p. 43/49. jul./set. 2007.

Mauricio Godinho Delgado. **Contrato De Trabalho E Afins: Comparações E Distinções**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 31 (61): 75-92, Jan./Jun.2000.

SCHIAVI, Mauro. **Coleção preparatória para concursos jurídicos: Processo do trabalho, v. 16**. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26º ed. Saraiva: São Paulo, 2002. p. 216.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23. ed. Atualização de Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARAIVA, R. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. 4 ed. São Paulo: Método, 2006.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. (Concursos públicos).

SÜSSEKIND, Arnaldo. **A EC – 45 e as relações individuais do trabalho**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, n. 3, p. 10, abr. 2007.

SCHIAVI, Mauro. **O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 1, p. 36-59, jan./abr. 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2009.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. (Concursos públicos).

VINCENT, Jean. La dissolution Du contrat de travail, p. 27. Apud GOMES, Orlando e GOTTSCALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: contratos em espécie**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Artigo publicado originalmente na “Revista de Direito do Trabalho | vol. 169/2016 | p. 53 - 71 | Maio - Jun / 2016

OBRIGATORIEDADE DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 E A POSSIBILIDADE DE DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA EM CASO DE RECUSA INJUSTIFICADA

Camila Vanzela Garcia Otaviano
Fabíola Marques

RESUMO

Em 11.03.2020, Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) elevou o estado da contaminação à pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Diante do alto grau de contaminação e risco de morte, foi iniciada a busca por vacinas na tentativa de conter os prejuízos causados. Quase um ano depois, em 17.01.2021, foi aplicada a primeira dose da vacina no Brasil. Com a ampliação das aplicações, surgem questionamentos em relação a recusa da vacina por parte do empregado e a possibilidade de dispensa por justa causa, que será o objeto do presente artigo.

Palavras-chave: Vacinação – Obrigatoriedade – Dispensa por justa causa – Covid-19.

ABSTRACT

On 03.11.2020, Tedros Adhanom, general director of the World Health Organization (WHO) raised the contamination status to the Covid-19 pandemic, a disease caused by

Camila Vanzela Garcia Otaviano

Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (FADUSP). Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada. camila.vanzela@hotmail.com

Fabíola Marques

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC-SP, nos cursos de graduação e pós-graduação. Membro efetivo da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Combate à Homofobia e da Comissão da Mulher advogada, no triênio 2016/2018. Membro do grupo de pesquisa Direito, Gênero e Igualdade da Faculdade de Direito da PUC/SP. Advogada. fabiola@abudmarques.com.br

the new coronavirus (Sars-Cov-2). Considering the high levels of contamination and risk of death, the search for vaccines began in an attempt to contain the damages. Almost one year later, on 01.17.2021, the first dose of the vaccine was applied in Brazil. With the expansion of applications, questions about the unjustified employee's refusal of the vaccine and the possibility of dismissal with cause, which will be the object of this article, start to appear.

Keywords: Vaccination – Mandatory – Dismissal with cause – Covid-19.

I INTRODUÇÃO

À medida que empresas, universidades e outras organizações questionam a possibilidade de retorno a algo parecido com as operações normais, a ética e a legalidade da obrigatoriedade da vacinação contra o coronavírus estão se tornando assunto de intenso debate. Já existem discussões sobre a exigência de que alunos e funcionários sejam vacinados para que sejam autorizados a frequentar o ambiente escolar ou de trabalho.

Enquanto no Brasil a discussão ainda é teórica, diante da escassez de vacina, alguns distritos escolares nos Estados Unidos já estão exigindo a vacinação de seus trabalhadores – assim como alguns empregadores privados.

Outras organizações resistiram, preocupadas com os desafios legais para exigir vacinas que foram aprovadas apenas condicionalmente para uso de emergência. O sistema da Universidade da Califórnia, por exemplo, afirma que irá aguardar as exigências para quando as vacinas contra o coronavírus ganharem o aval total da *Food and Drug Administration*.

Diante desse debate, vários Estados nos Estados Unidos estão considerando impedir a exigência da vacina contra o coronavírus, inclusive para funcionários. Alguns desses esforços também buscam bloquear os chamados “passaportes de vacinas”, que (se adotados) condicionariam o acesso a uma variedade de “bens e serviços” ao *status* de vacinação.

Considerando o debate prático que já acontece lá, é possível antecipar as discussões que surgirão no Brasil.

Nos Estados Unidos, em geral, as entidades públicas e privadas têm autoridade legal bem estabelecida para impor requisitos de vacinação, no Brasil, por outro lado,

a questão não é clara, como veremos a seguir.

Uma das questões mais polêmicas nos Estados Unidos é se a obrigatoriedade na vacinação é válida quando uma vacina está disponível apenas por meio de uma “autorização de uso de emergência” temporária. Há quem defenda que o *status* temporário impediria que as organizações adotem qualquer atitude além de encorajar fortemente as pessoas a tomarem as vacinas.

A ANVISA permite o uso emergencial, pois entendeu que os benefícios conhecidos e potenciais das vacinas superam seus riscos e “podem ser eficazes” na prevenção do coronavírus.

Diante disso, o Ministério Público do Trabalho (MPT) divulgou, no dia 28.01.2021 o Guia Técnico Interno do MPT¹ sobre vacinação da Covid-19, com o objetivo de auxiliar os membros do órgão no enfrentamento de questões decorrentes do impacto da pandemia nas relações de trabalho se considerando as políticas públicas e medidas editadas pelos agentes públicos e privados.

Especificamente em relação à compulsoriedade da vacinação, o Guia Técnico do MPT usou como base as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6597 e o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discutem tanto a vacinação compulsória quanto a recusa à imunização decorrente de convicções filosóficas ou religiosas.

É imperioso destacar, ainda, que o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho traz um rol taxativo, posto que no Direito do Trabalho, sempre vigorou o princípio da conservação do contrato, da continuidade da relação de emprego.

O estudo do término do contrato de trabalho envolve a análise de diversos aspectos jurídicos, já que “a rescisão unilateral do contrato de trabalho resulta de uma declaração de vontade da respectiva parte, com poderes para colocar fim ao pacto empregatício”², como explica Mauricio Godinho Delgado.

A ordem constitucional valoriza o trabalho e a justiça social na vida socioeconômica, mas, ao mesmo tempo, reconhece a importância da livre iniciativa, de forma que essas

1 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – GRUPO DE TRABALHO NACIONAL/COVID-19. Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da Covid-19. 2021. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf]. Acesso em: 02.05.2021.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1376.

frentes devem atuar sempre em harmonia. Assim, os questionamentos a serem enfrentados irão ponderar a compatibilização e respeito de princípios determinados pela Constituição Federal que apresentam um aparente conflito.

No presente artigo serão analisadas as diretrizes fixadas pelo Ministério Público do Trabalho, em conjunto com as decisões proferidas nas ações acima citadas considerando, também, a possibilidade de aplicação da penalidade máxima – rescisão do contrato de trabalho por justa causa – diante da recusa injustificada em fazer uso da vacina à luz dos princípios constitucionais da liberdade x dignidade humana e o direito à vida, o direito social à saúde e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada.

II GUIA TÉCNICO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO SOBRE VACINAÇÃO DA COVID-19

Como já mencionado, a elaboração do Guia Técnico Interno sobre vacinação tem como objetivo primordial a colaboração com os membros do MPT. Desse modo, não tem efeito vinculante no enfrentamento das questões decorrentes da pandemia, especificamente, nas relações de trabalho.

Foram fornecidos subsídios sobre as demandas e questões de políticas públicas de vacinação e suas repercussões trabalhistas a fim de orientar os integrantes do *Parquet* nos procedimentos investigatórios e articulações com os setores públicos e privados.

O primeiro aspecto analisado é o plano nacional de vacinação contra a Covid-19, esclarecendo que a participação do Brasil na iniciativa global denominada *Covax*³ foi possível a partir da Medida Provisória 1003/2020, que permitiu a adesão ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas – Covid-19 – *Covax Facility*, para adquirir vacinas contra a Covid-19.

3 COVAX é o pilar que trata de vacinas da iniciativa denominada Access to Covid-19 Tools (ACT) Accelerator, lançada em abril de 2020. O ACT Accelerator é integrado por governos, cientistas, empresas, sociedade civil, entidades filantrópicas e organizações globais de saúde (Bill & Melinda Gates Foundation, OMS, Banco Mundial, Fundo Global, CEPI, Gavi). A Covax Facility é coliderada pelo CEPI (associação norueguesa), Gavi4 e OMS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – GRUPO DE TRABALHO NACIONAL/COVID-19. Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da Covid-19. 2021. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf]. Acesso em: 02.05.2021.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece o direito de cada país decidir sobre o uso da vacina em seu território, mas preconiza que os países devem ser norteados pelos seguintes princípios: bem-estar humano, equidade global, equidade nacional, respeito e igualdade, reciprocidade e legitimidade.

O Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação (PNOV) destacou a existência de grupos que apresentam alto grau de vulnerabilidade social, como, por exemplo, povos indígenas aldeados em terras demarcadas, população privada de liberdade, refugiados, pessoas com deficiência, população em situação de rua.

O PNOV dispõe que, diante da escassez de vacinas, atualmente, o objetivo inicial seria a redução de morbidade e mortalidade e, portanto, seria imprescindível estabelecer grupos prioritários, considerando como diretrizes: (i) a preservação do funcionamento dos serviços de saúde; (ii) proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolvimento de formas graves da doença e de óbitos; (iii) preservação do funcionamento dos serviços essenciais; e (iv) proteção dos indivíduos com maior risco de infecção.

O Capítulo II do Guia Técnico Interno do MPT, denominado “Repercussões nas relações de trabalho”, por sua vez, trata da compulsoriedade da vacinação, esclarecendo que a Lei 6.259/75, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, já dispõe sobre a possibilidade de instituição *obrigatória* da vacinação à população.

O artigo 3º da lei em comento dispõe:

“Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório”.

Por sua vez, a Lei 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, prevê a possibilidade de vacinação *compulsória* na população:

“Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (...)

III – determinação de realização compulsória de:

- a) exames médicos;
- b) testes laboratoriais;
- c) coleta de amostras clínicas;
- d) vacinação e outras medidas profiláticas”

Ressalte-se que o dispositivo foi objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6587 e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, que serão

abordados a seguir.

Diante disso, destaca-se o trecho conclusivo do capítulo em comento:

“Neste sentido, o direito à vacinação também pode constituir um dever nas hipóteses em que envolve questões de saúde pública, como nos casos de epidemias e pandemias. Por isso, o direito-dever à vacinação, como uma das prestações compreendidas no direito à saúde, tem, do mesmo modo, eficácias vertical e horizontal, obrigando, a um só tempo, tanto o Poder Público a realizar as ações para efetivá-lo, quanto os particulares a realizarem medidas para a sua concretização, e, ainda, submeterem-se ao comando compulsório de vacinação.”

O direito à saúde é um direito fundamental da segunda dimensão, que surgiu impulsionado pela Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Diante das péssimas condições de trabalho, surgem movimentos na busca por direitos trabalhistas e normas de assistência social, de forma que o início do século XX é marcado pela fixação de direitos sociais.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu como contraponto à ideia da eficácia vertical, já que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o Poder Público não se discute.

Daniel Sarmiento⁴ explica que a doutrina da eficácia horizontal direta não se propõe a vincular irrestritamente os particulares aos direitos fundamentais, reconhecendo a existência de especificidades do caso concreto, sobretudo, o de ponderar o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa, cujo comportamento se cogita restringir. Segue, comentando que só existe autonomia privada quando o agente desfruta de mínimas condições materiais de liberdade.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet⁵, expõe que à luz do direito constitucional brasileiro é necessária uma vinculação direta e imediata também aos particulares, sem deixar de reconhecer, todavia, que não é uniforme o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos. Argumenta que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópica-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, buscando uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta.

4 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 249.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 408.

Com base nisso, constou no Guia Técnico do MPT que “determinadas corporações, por exercerem uma parcela de poder dentro da sociedade, devem ser obrigadas a garantir e concretizar os direitos fundamentais”. Isso porque os empregadores se utilizam da mão de obra, exercendo poder diretivo sobre ela, portanto, também são responsáveis pela saúde e demais aspectos atinentes ao meio ambiente de trabalho, esclarecendo que as empresas devem investir em conscientização e negociação com seus funcionários. No entanto, o MPT concluiu que a mera recusa individual e injustificada à imunização não pode colocar em risco a saúde dos demais trabalhadores.

Destaca-se, entretanto, que os valores assentados na Constituição Federal não podem ser utilizados como fundamento para a atuação em todos os setores da vida privada. É preciso preservar a pluralidade, a identidade e as peculiaridades dos diversos atores sociais. Em razão disso, passaremos a enfrentar a análise estritamente constitucional do tema com base nas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas ADIs 6586 e 6587, bem como no ARE 1267879.

Como será exposto a seguir, uma diferenciação importante em relação ao que restou decidido pelo STF é que o MPT usou as expressões “obrigatoriedade” e “compulsoriedade” como se sinônimos fossem e esse ponto será determinante, conforme se verificará no tópico correspondente.

III ANÁLISE DAS ADIS 6586 E 6587

A ADI 6586 foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com pedido cautelar para que fosse dada interpretação conforme os artigos 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição Federal, ao art. 3º, III, “d”, da Lei 13.979/2020.

Alegou, em síntese, que o referido dispositivo (cumulado com o parágrafo 1º) prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que seja determinada com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Em sede de defesa, o Advogado-Geral da União afirmou, dentre outros argumentos, que a definição da obrigatoriedade das vacinas não caberia ao Poder Judiciário, mas sim ao Ministério da Saúde, por ser ele o coordenador geral do Programa Nacional de Imunizações, bem como que a cobertura mínima necessária poderia ser

alcançada por meio de incentivos como campanhas de vacinação, tratando como prematura a discussão acerca da obrigatoriedade de uso da vacina contra o novo coronavírus.

Já o Procurador-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento da ação, mas, no mérito, defendeu a procedência parcial para que houvesse a possibilidade de os estados-membros determinarem a obrigatoriedade quando houver inação do ente central.

Por sua vez, na ADI 6587, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), foi requerida a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, III, “d”, da Lei 13.979/2020 “para impedir que seja realizada vacinação compulsória nos casos em que as vacinas careçam de comprovação científica quanto a sua eficácia e segurança”, sustentando ser incompatível com a preservação da vida e da saúde da população a vacinação compulsória para a Covid-19, afirmando, por fim que as vacinas anunciadas carecem de comprovação quanto à sua eficácia e segurança.

Em breve introdução histórica, o Relator das ADIs que foram julgadas em conjunto, Ministro Ricardo Lewandowski, lembrou a “Revolta da Vacina”. A obrigatoriedade, materializada por meio de medidas coercitivas por parte do Poder Público, como a invasão das casas e internamento daqueles que tentavam resistir, causou enorme descontentamento da população.

O Relator cita a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio para fundamentar a exclusão completa da possibilidade de alguém ser compelido a tomar a vacina à força.

No mesmo sentido, vale destacar a ementa abaixo, acerca da proibição de exame de DNA compulsório:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta de matéria indispensável à feitura de exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde de questões ligadas à prova dos fatos” (HC 71.373-4/RS, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio).

Além disso, o Ministro faz importante diferenciação entre a vacinação obrigatória e a forçada, de forma que a segunda sequer foi cogitada pelo legislador. Assim, não verificou nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo legal impugnado, já que a obrigatoriedade não contempla a imunização forçada, destacando-se, inclusive, que é crime “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, nos termos do art. 269 do Código Penal.

A imunização de rebanho faz com que os indivíduos tornados imunes protejam indiretamente os não imunizados⁶.

Destaca, por fim, que “a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas”. Em aparente ponderação de princípios, o Ministro afirma que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos, o que justifica a restrição da autonomia individual das pessoas com a finalidade de cumprir a persecução do direito social à saúde.

Inclusive, a compulsoriedade da imunização é menos restritiva de direitos do que outras medidas, como o isolamento social, a restrição à liberdade de ir e vir ou de reunião.

Não bastasse isso, em diversas ocasiões o STF já se manifestou acerca da possibilidade de atuação das autoridades locais para o enfrentamento de emergências de saúde pública de importância internacional, já que entre os Estados Federais não há hierarquia, considerando as suas competências. E, em complemento, destacamos o trecho do voto do Relator:

“Já o segundo, consubstanciado no princípio da subsidiariedade, significa, em palavras simples, o seguinte: tudo aquilo que o ente menor puder fazer de forma mais célere, econômica e eficaz não deve ser empreendido pelo ente maior.”

Assim, o Ministro Relator conclui que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, de forma que podem ser adotadas medidas indiretas, como por exemplo, a restrição ao exercício de determinadas atividades e frequência a determinados lugares, desde que previstas em lei, que tenham por base evidências

6 BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. Cad. Saúde Pública, v. 33, n. 2, 2017, p. 2.

científicas e que sejam acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicação de imunizantes, sendo que as medidas e limitações podem ser implementadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas competências.

Merece destaque o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou integralmente a relatoria, afirmando que as discussões afloram com muita hipocrisia em discursos radicais, não admitindo que a questão seja tratada com falsa ideologia, obscurantismo e ignorância dos avanços históricos que a produção de vacinas e a ciência, em geral, trouxeram para a vida humana.

Foi citada decisão proferida pela Suprema Corte Americana (Zuch v. King), a qual decidiu que as escolas poderiam negar matrícula a crianças que não tivessem as vacinas mínimas exigidas por lei.

Da mesma forma, na Argentina, foi editada a Lei 27.491/2018, que determina o caráter obrigatório para determinadas vacinas no país, em razão da prevalência da saúde pública.

O voto da Ministra Cármen Lúcia, mencionando o princípio da dignidade humana, merece destaque no seguinte trecho:

“Deste princípio da dignidade humana, extraio dois princípios que a Constituição Democrática do Brasil abriga: um é o da responsabilidade, consigo mesmo e com o outro. Se tivesse dúvida, este coronavírus nos deu exemplo: afasta-se ou até isola-se, não porque se quer, mas porque, pior do que ser contaminado pelo vírus – acho que alguns de nós temos essa certeza –, é o medo de contaminar alguém. A gente não quer que alguém que seja do nosso afeto seja contaminado por uma falta nossa, porque comparecemos onde não deveríamos, porque não cumprimos o protocolo como deveríamos. A responsabilidade consigo e com o outro é extraída da própria dignidade humana; quem tem dignidade respeita a dignidade do outro também.”

Já, em relação ao princípio da solidariedade, destaca que não existe democracia em um sistema egoísta e prossegue:

“Acho que este é um fundamento mais que suficiente, expresso na Constituição, para dizer que, no caso de um vírus com alto índice de transmissibilidade, e que, não cumpridos os protocolos, tem altíssimo e elevado risco de letalidade, a Constituição não garante liberdade para todos para a pessoa ser soberanamente egoísta. Ela vive no meio de todos, responde por si e pelo outro.

(...)

Não entendo liberdade como soberania absoluta de um ser humano contra tudo e contra todos, como se ele fosse o único que fosse livre, e, portanto, pudesse comprometer a liberdade, a vida e a saúde de todas as outras pessoas.”

Ao final, por maioria de votos, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição e seu art. 3º, III, “d”, da Lei 13.979/2020, nos termos do voto do Relator, estabelecendo que:

“(I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF).

O que se verifica, portanto, é que o STF entendeu pela existência de diferença em obrigatoriedade e compulsoriedade o que, inclusive, levou a diversos problemas no passado.

Prevaleceu, por sua vez, a possibilidade de obrigatoriedade com a aplicação de medidas que respeitem a dignidade humana, podendo ser destacada aqui a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy⁷, no sentido de que quando dois princípios estão em confronto, um deles irá se sobrepor, sem que nenhum deles seja declarado inválido.

Nos casos em análise, prevaleceram os direitos da coletividade à vida e à saúde frente à liberdade individual.

7 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 93-94 e 96.

IV ANÁLISE DO ARE 1.267.879

O objeto do ARE 1267879 é mais amplo, mas ainda bastante relacionado com o tema ora debatido, portanto imperiosa a sua análise.

A ação tratava de pais veganos, que têm uma filosofia de vida de proteção e de respeito aos animais, bem como o não consumo de produtos de origem animal e se recusaram a submeter o filho às vacinas que têm caráter obrigatório no Programa Nacional de Imunização.

Diante do cenário, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o objetivo de obriga-los a regularizar a vacinação do filho.

O Juiz de Primeiro Grau entendeu que a vacinação não tem caráter obrigatório. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão para acolher o pedido do Ministério Público.

Luis Roberto Barroso, que foi Relator no processo, expôs que a conduta de omissão coloca outras crianças em risco, seja porque enfraquece uma política pública de imunização, seja porque aproveita de uma imunidade coletiva sem que colabore para isso.

Por sua vez, o Ministro Edson Facchin esclarece que não existe liberdade para todos se alguém puder usar a sua liberdade individual sem ponderar o prejuízo que pode ser causado aos demais:

“E isso já está em precedente, que menciono e detalho na declaração de voto, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte desde 1905, segundo o qual a verdadeira liberdade para todos não poderia existir se submetida a um princípio que reconheça um direito individual de usar a própria liberdade independentemente do dano que pode ser causado a outros.”

Com base no art. 196 da Constituição Federal de 1988, que garante o direito à saúde pública, a qual versa sobre direito de todos, portanto, deve ser cuidada de forma solidária, Ingo Wolfgang Sarlet⁸, mencionado Canotilho afirma que “toda a sociedade torna-se responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde no âmbito da responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*)”.

8 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentários ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; LEONCY, Léo Ferreria (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2013-2014.

Dessa forma, doenças contagiosas são problemas de toda a sociedade e não apenas do Estado, em estrita observância aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, principalmente, a dignidade da pessoa humana, aos objetivos fundamentais da República, em especial, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF) e, por fim, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

V JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DO TRABALHO

Até o momento não é possível afirmar que existe jurisprudência formada acerca da obrigatoriedade da vacina contra a Covid-19 em ambiente laboral pelos Tribunais do Trabalho, já que a primeira sentença proferida em relação ao tema foi divulgada em 13/05/2021.

A 2ª Vara do Trabalho de São Caetano validou a dispensa por justa causa de uma auxiliar de limpeza que trabalhava em um hospital infantil e se recusou a ser imunizada contra a Covid-19.

Nesse caso, é importante destacar que restou comprovado nos autos que o hospital realizou campanhas de conscientização e importância da vacinação.

A Magistrada que proferiu a decisão esclareceu⁹:

“A necessidade de promover e proteger a saúde de todos os trabalhadores e pacientes do Hospital, bem como de toda a população deve se sobrepor ao direito individual da autora em se abster de cumprir a obrigação de ser vacinada.”

Para fundamentar sua decisão foi citado o entendimento do STF, que considerou válida a vacinação obrigatória disposta no art. 3ª da Lei 13.979/2020 (ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.897), conforme já exposto acima.

Já no âmbito dos Tribunais, ainda não há posição consolidada. No entanto, a Ministra Maria Cristina Peduzzi¹⁰, em entrevista para o jornal Folha de São Paulo afirmou:

9 TRT-2ª REGIÃO. Empregada de hospital infantil se recusa a tomar vacina contra Covid-19 e recebe justa causa. 13 de maio de 2021. Disponível em: [https://ww2.trt2.jus.br/noticias//noticias/noticia/news/empregada-de-hospital-infantil-se-recusa-a-tomar-vacina-contr-a-covid-19-e-recebe-justa-causa/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=4a1f82c89c00b6edf90136534cc59a21]. Acesso em: 15.05.2021.

10 BRIGATTI, Fernanda; CASTANHO, William. Demissão por justa causa por recusa à vacinação será difícil, diz presidente do TST. Folha de S.Paulo, 09.02.2021. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/demissao-por-justa-causa-por-recusa-a-vacinacao-sera-dificil-diz-presidente-do-tst.

“É difícil enquadrar como justa causa a recusa do empregado à vacinação, mas não se deve ignorar que a lei impõe ao empregador manter o ambiente de trabalho saudável.”

Ela entende que as empresas deverão promover campanhas internas com esclarecimento quanto à necessidade da imunização.

Por sua vez, o Ministro Alexandre Agra Belmonte aduz que a decisão de um cidadão não ser vacinado ultrapassa a escolha individual quando nas relações de trabalho:

“A partir do momento que ele ingressa no emprego, ele não se vacinar coloca em risco a vida de outras pessoas, de outros trabalhadores.”

Traçando um paralelo, o que se verifica na jurisprudência é que os Tribunais Regionais do Trabalho e o próprio Tribunal Superior do Trabalho já tiveram diversas oportunidades de se manifestar quanto a vinculação do salário-família à apresentação de atestado de vacinação obrigatória, com base no art. 67 da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

“Art. 67. O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento.”

Citemos, por exemplo, as decisões abaixo, proferidas pelo C. TST, TRT da 3ª Região e TRT da 2ª Região, respectivamente:

“RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO-FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. A jurisprudência dessa C. Corte se firmou no sentido de que o ônus de comprovar a existência dos filhos menores e demais requisitos para a percepção do salário-família é do empregado. No caso, o E. Tribunal Regional asseverou que o trabalhador não entregou os documentos ao Sindicato e, em juízo, *deixou de apresentar o atestado de vacinação obrigatória* e o comprovante de frequência escolar. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido” (TST, RR 14634820115090411, Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, j. 04.02.2015, data de publicação 06.02.2015). Grifamos.

“SALÁRIO-FAMÍLIA-PAGAMENTO A TRABALHADORES DE BAIXA RENDA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA VACINAÇÃO DA CRIANÇA. Estabelece o art. 201, IV, da CR, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20 de

.....
shtml]. Acesso em: 09.05.2021.

1998 que o salário-família é devido aos dependentes dos segurados de baixa renda. Tal benefício independe de carência (art. 26 da Lei 8.213/91) proporcionalmente ao número de filhos ou equiparado de qualquer condição até 14 anos (arts. 65 e 66 da Lei 8.213/91). O pagamento da parcela é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à *apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória* e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento (art. 67 da Lei 8.213/91). Por seu turno, *o benefício não é devido aos dependentes dos trabalhadores com salário superior ao teto estabelecido para o pagamento e quando não comprovada a regularidade da vacinação da criança*” (TRT-3-RO 00101074220185030074, Relator Antonio Carlos R. Filho, 2ª Turma TRT 3, j. 02.10.2018, data de publicação 03.10.2018). Grifamos.

“SALÁRIO-FAMÍLIA. REQUISITOS LEGAIS. O salário-família é um benefício previdenciário instituído pela Lei 8.213/91. A benesse é paga aos empregados, inclusive avulsos, que detêm remuneração não superior a R\$ 1.425,56, de acordo com o número de filhos ou equiparados, até o limite de 14 anos de idade. Ressalta-se que o benefício não encontra limite etário no caso de filho ou equiparado inválido. Para realização do pagamento, o art. 67 da referida lei exige apenas a apresentação de certidão de nascimento do filho ou equiparado, no caso de trabalhadores domésticos. Para os demais empregados, exige-se, além da certidão de nascimento, *a apresentação de atestado de vacinação obrigatória* e de frequência à escola do filho ou equiparado” (TRT 2 10012727020195020032, Relator Álvaro Alves Nôga, 17ª Turma, Cadeira 5, data da publicação: 03.12.2020). Grifamos.

Assim, os Tribunais vêm aplicando dispositivos que preveem a obrigatoriedade da vacinação, inclusive mediante a adoção de medidas restritivas de outros direitos caso esta não seja observada, por exemplo, o indeferimento ao benefício salário-família quando não comprovada a regularidade da vacina da criança.

Portanto, ao que consta, o art. 67 da Lei 8.213/91 não teve sua constitucionalidade questionada em razão da exigência de apresentação de atestado de vacinação obrigatória.

Nos parece, na verdade, tratar-se de medida de incentivo à vacinação, o que vai ao encontro do entendimento do Ministério Público do Trabalho exposto no Guia Técnico Interno sobre vacinação da Covid-19, bem como com as decisões do STF no sentido de que é viável estabelecer medidas restritivas de alguns direitos em casos de irregularidade na vacinação, bem como fazer uso de outras formas de estímulo e de conscientização sobre a importância da vacina.

VI O ARTIGO 482 DA CLT

Diante do que já foi exposto, é possível concluir que os Tribunais têm uma tendência a adotar as previsões legais já existentes acerca da obrigatoriedade da vacinação, mas não da compulsoriedade. A problemática surge quando questionamos a possibilidade de demissão por justa causa do empregado que, de forma injustificada, recusar-se a tomar a vacina contra a Covid-19.

Como já mencionado, diante da escassez de vacinas, a discussão ainda se restringe ao mundo das ideias. No entanto, o enfrentamento da questão de forma antecipada poderá evitar insegurança jurídica no futuro, quando a vacina, efetivamente, for disponibilizada para toda a população ou, ao menos, para a maioria.

A possibilidade de rescisão do contrato por justa causa praticada pelo empregado está prevista no art. 482 da CLT que, à primeira vista parece incorporar o princípio penal de que não existe infração penal sem previsão legal anterior expressa. No entanto, em que pese tratar de rol taxativo, a previsão celetista não é tão rigorosa quanto a penal, admitindo uma flexibilidade como, por exemplo, na disposição do art. 482, “b” e “h” da CLT: o mau procedimento e o ato de indisciplina ou insubordinação, respectivamente.

Significa dizer que existe um critério genérico que permite maior amplitude na aferição de ocorrência de infrações que rompem com a confiança inerente ao vínculo empregatício.

Mauricio Godinho Delgado¹¹ define a justa causa como:

“o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração – no caso, o empregado. Trata-se, pois, da conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador.”

O doutrinador esclarece que existem três grupos de requisitos para a fixação de penalidades no âmbito empregatício: objetivos – envolve a tipicidade e a gravidade da conduta; subjetivos – autoridade e seu dolo ou culpa e circunstanciais – dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro

11 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1421.

envolvido como, por exemplo, nexos causal, adequação e proporcionalidade entre a falta e a penalidade, caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar e a correspondente graduação da penalidade.¹²

Em relação à obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 e a possibilidade de demissão por justa causa há um aparente problema de tipicidade, já que não há previsão expressa nesse sentido. Ocorre que o requisito objetivo, ou seja, a tipicidade, é plástica no Direito do Trabalho, portanto permite a adequação de tipos, como explica o autor¹³:

“É o que se passa com o assédio sexual, que pode ser englobado, perfeitamente, na incontinência de conduta alinhada pelo art. 482, ‘b’ da CLT, quando praticado por empregado em face de sua colega de serviço, por exemplo. A propósito, tratando-se de assédio sexual do empregador contra a empregada, o enquadramento pode ser feito nas alíneas ‘a’, ‘e’ ou ‘f’ do art. 483 da CLT: respectivamente, serviços contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, ou, ainda, ‘ato lesivo da honra e boa fama’ ou ‘ofensa física’.”

Não obstante, o Projeto de Lei 149/2021 busca vedar a caracterização de justa causa para a dispensa do empregado que opta por não receber a vacina contra a Covid-19, caracterizando como discriminatória a dispensa que, comprovadamente, tenha como motivação a recusa do empregado à imunização.

No entanto, conforme previsão do art. 1º da Lei 9.029/95, a prática discriminatória é motivada por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, previsão esta que é corroborada pelo art. 5º da Constituição Federal, o que não parece ser o caso previsto no projeto de lei.

Da mesma forma, a Súmula 443 do C. TST presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito e, certamente, não é esse o caso da Covid-19.

A coerção problemática vai muito além de meramente restringir a escolha. Em vez disso, envolve ameaças de violar os direitos de alguém para fazê-los obedecer. Nos Estados Unidos, que a discussão envolve, principalmente, a questão da aprovação da vacina para uso emergencial e não permanente, embora alguns estados possam estar buscando conceder a ampla liberdade, a opção exigida pelo *Food and Drug Administration* (FDA - órgão regulador) de recusar vacinas autorizadas para uso de emergência deixa

12 Ibidem, p. 1426.

13 Ibidem, p. 1424.

claro que as pessoas mantêm a opção de recusar, mas, ao mesmo tempo, devem enfrentar as consequências.

Ao que parece, a liberdade de escolha deve prevalecer, já que as pessoas podem decidir livremente se a vacina é segura e eficaz em âmbito individual. Por outro lado, empregadores também têm a liberdade de decidir quais pessoas estão seguras o suficiente para frequentar o ambiente de trabalho sem serem vacinadas.

VII CONCLUSÃO

Conforme exposto, nos Estados Unidos já existe discussão sobre a eticidade envolvida na possibilidade de pagar as pessoas para que aceitem ser vacinadas. O debate sobre a possibilidade de aplicação da demissão por justa causa no Brasil, por sua vez, ainda está no campo das ideias diante da escassez de vacinas o que, no entanto, não afasta a necessidade de atuar preventivamente.

O que verificamos é que os órgãos competentes já estão se posicionando e tentando auxiliar em relação a um possível direcionamento sobre quais atitudes e medidas são possíveis de serem adotadas sem ferir diretamente a integridade do corpo humano.

O MPT, apesar de não diferenciar obrigatoriedade de compulsoriedade, parece estar alinhado ao que já foi decidido pelo STF: colocar os direitos à vida e à saúde em primeiro plano e reconhecerem o importante papel das empresas em aspectos que dizem respeito ao meio ambiente de trabalho.

Assim, entendeu-se que, mais do que possível, é responsabilidade das empresas investir em conscientização e negociação com seus funcionários, sendo que a recusa injustificada em fazer uso da vacina não pode colocar em risco a saúde dos demais funcionários.

O STF, por sua vez, foi praticamente unânime ao validar o art. 3º da Lei 13.979/2020, destacando a importância da solidariedade para combater a pandemia, mas, por outro lado, afirma que a compulsoriedade viola a dignidade humana, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, o império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer.

A “Revolta da Vacina”, em 1904, decorreu exatamente de violações dos direitos acima mencionados. O uso da vacina contra a varíola foi declarado obrigatório (em

1837 para crianças e em 1846 para adultos), porém a medida não foi cumprida. Assim, apenas indivíduos que comprovassem ser vacinados conseguiriam contratos de trabalho, matrículas em escolas, certidões de casamento, autorização para viagens, entre outros.

Ocorre que, além disso e de outras questões políticas envolvidas, a população teve suas casas invadidas e foram levados à força para serem vacinados, o que gerou um movimento popular que resultou em 945 prisões, 461 deportados, 110 feridos e 30 mortos em menos de duas semanas de conflitos, conforme informações da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).¹⁴

Já em 1908, o Rio de Janeiro foi acometido pela mais violenta epidemia de sua história, quando então cresceu o número de pessoas que procuraram a vacina de forma voluntária, em episódio contrário ao da “Revolta da Vacina”.

O que se pode concluir, portanto é que a obrigatoriedade pode ser vista como “escolhas com consequências”: aqueles que recusam a vacinação podem sofrer com a demissão por justa causa, por exemplo.

A coerção problemática vai além de meramente restringir a escolha. Em vez disso, envolve ameaças de violar os direitos de alguém para fazê-los obedecer.

O que deve ser considerado, no entanto, é que o mundo enfrenta uma emergência de saúde pública. Mais importante, a liberdade de escolha prevalece mesmo em face da obrigatoriedade da vacinação: é possível decidir individualmente se a vacina é segura e eficaz, enquanto empregadores podem decidir se a pessoa é segura o suficiente para frequentar o ambiente de trabalho sem ser vacinado.

No entanto, é preciso destacar que as vacinas foram essenciais para erradicar doenças que acometiam a sociedade, tais como tuberculose, tétano, coqueluche e poliomielite.

Sem solidariedade não se concretiza a dignidade da pessoa humana, nem se constrói uma sociedade livre, justa e igualitária, como pretende a Constituição Federal por intermédio dos artigos 1º, III, e 3º, I, ou seja, desrespeitam-se os fundamentos e os objetivos fundamentais da República. Nesse sentido, é responsabilidade de todos, inclusive das empresas, incentivar a adoção de todas as medidas legais que auxiliem no combate à pandemia, inclusive, se for o caso, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

14 FIOCRUZ. A revolta da vacina. 25.04.2005. Disponível em: [<https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>]. Acesso em: 15.05.2021.

VIII BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza; ALTH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, v. 33, n. 2, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRIGATTI, Fernanda; CASTANHO, William. Demissão por justa causa por recusa à vacinação será difícil, diz presidente do TST. **Folha de S. Paulo**, 09.02.2021. Disponível em: [\[www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/demissao-por-justa-causa-por-recusa-a-vacinacao-sera-dificil-diz-presidente-do-tst.shtml\]](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/demissao-por-justa-causa-por-recusa-a-vacinacao-sera-dificil-diz-presidente-do-tst.shtml). Acesso em: 09.05.2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FIOCRUZ. **A revolta da vacina**. 25.04.2005. Disponível em: [\[https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2\]](https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2). Acesso em: 15.05.2021.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Coleção Esquematizado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – GRUPO DE TRABALHO NACIONAL/COVID-19. **Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da Covid-19**. 2021. Disponível em: [\[https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf\]](https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf). Acesso em: 02.05.2021.

PERSAD, Holly Fernandez Lynch and Govind. **Yes, it's legal for businesses and schools to require you to get a coronavirus vaccine.** Disponível em: [www.washingtonpost.com/outlook/2021/05/04/vaccine-mandate-legal-schools-businesses/]. Acesso em: 05.05.2021.

SANTOS, Adriana Aparecida Soares de Souza. **A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares:** análise das teorias de eficácia do direito constitucional. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/////trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/adrianasantos.pdf].

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentários ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; LEONCY, Léo Ferreria (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586,** rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>]. Acesso em: 07.05.2021.

TRT-2. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Empregada de hospital infantil se recusa a tomar vacina contra Covid-19 e recebe justa causa.** 13 de maio de 2021. Disponível em: [https://ww2.trt2.jus.br/noticias//noticias/noticia/news/empregada-de-hospital-infantil-se-recusa-a-tomar-vacina-contracovid-19-e-recebe-justa-causa/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=4a1f82c89c00b6edf90136534cc59a21]. Acesso em: 15.05.2021.

Artigo publicado originalmente na "Revista de Direito do Trabalho | vol. 219/2021 | p. 233 - 253 | Set - Out / 2021"

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte ARIAL corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. As referências deverão obedecer as normas ABNT. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO