

É CONSTITUCIONAL A DISPENSA POR JUSTA CAUSA DE EMPREGADO(A) QUE NÃO SE VACINOU PARA O VÍRUS DA COVID-19? UMA ANÁLISE A PARTIR DOS TEÓRICOS DA PONDERAÇÃO

IS THE DISMISSAL FOR JUST CAUSE OF AN EMPLOYEE WHO HAS NOT BEEN VACCINATED FOR THE COVID-19 VIRUS CONSTITUTIONAL? AN ANALYSIS BASED ON WEIGHTING THEORISTS

*José Francisco Dias da Costa Lyra*¹

*Ellara Valentini Wittckind*²

*Laura Mallmann Marcht*³

-
- ¹ Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito pela UNIJUÍ, Especialista em Direito Público pela IESA, Especialista em Direito Privado pela UNIJUÍ e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FADISA. Juiz de Direito - TJ/RS. É Professor de Direito Penal e Processo Penal, na Graduação, bem como nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - área de concentração em Direitos Especiais -, pela URI/SAN. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado à Linha de Pesquisa II do PPGD da URI/SAN. Pesquisador de temas ligados a tutela dos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade. Endereço para correspondência: Rua Padre Afonso Rodrigues, 1089, Jardim das Palmeiras, Santo Ângelo/RS, CEP 98804-290. E-mail: jfdclyra@tjrs.jus.br. Telefone: (55) 99182-1999.
- ² Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais - com bolsa taxa da CAPES pela URI/SAN. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, bem como Bacharela em Direito pela URI/SAN. Advogada trabalhista licenciada para exercício de serviço público. Professora de Direito e Processo do Trabalho na URI/CL e na URI/SLG. Chefe da Assessoria Jurídica do 1º Ofício da Procuradoria do Trabalho em Santo Ângelo (MPT4). Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, liderado pela Prof. Dra. Rosângela Angelin e vinculado à Linha de Pesquisa I do PPGD da URI/SAN. Pesquisadora de temas ligados ao direito do trabalho e da teoria do reconhecimento. Endereço para correspondência: Travessa das Hortências, 483, Bairro Menezes, Santo Ângelo/RS, CEP 98802-715. E-mail: ellarawittckind@gmail.com. Telefone: (51) 98130-5335.
- ³ Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais -, com bolsa integral da CAPES, pela URI/SAN. Pós-graduanda em Direito Público e Direito Contemporâneo pela ESMAFE/PR. Mestre em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, coordenado pelo Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra, vinculado à Linha de Pesquisa II do PPGD da URI/SAN. Pesquisadora voluntária do Grupo de Pesquisa do CNPq:

RESUMO: A pandemia da Covid-19 intensificou a complexidade das relações sociais, assim como das relações jurídicas. Portanto, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar a ponderação entre a liberdade de não se vacinar e a garantia da saúde coletiva, mediante a (in)adequação da aplicação da justa causa a empregado(a) que se nega a ser vacinado. Com efeito, os objetivos específicos são os seguintes: a) realizar estudo de caso acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal, em específico na proferida no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, e, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587; b) explicar o instituto da dispensa por justa causa do(a) empregado(a) e o princípio da continuidade da relação de emprego, a partir da doutrina e da jurisprudência, considerando decisões trabalhistas; c) ponderar o direito de liberdade do(a) empregado(a) de não se vacinar em contraposição ao direito de saúde coletiva. À vista disso, a pergunta norteadora desta investigação é a seguinte: encontra amparo na Constituição a dispensa do(a) empregado(a) por justa causa, por este não ter se vacinado contra o coronavírus, se considerada sua liberdade individual, quando em colisão com o direito à saúde coletiva? Como hipótese, considera-se a saúde da coletividade o bem de maior peso nesta equação, o que gera, por consequência, o prejuízo da continuidade da relação empregatícia privada. O método de abordagem escolhido para a persecução do estudo é o indutivo e as técnicas de pesquisa utilizadas são a bibliográfica-documental e a jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Vacinação obrigatória. Direito Fundamental à Saúde. Dispensa por Justa Causa. Ponderação.

ABSTRACT: *The Covid-19 pandemic has intensified the complexity of social relations, as well as legal relations. Therefore, the general objective of this research is to analyze the balance between the freedom not to be vaccinated and the guarantee of collective health, through the (in)appropriateness of applying just cause to an employee who refuses to be vaccinated. The specific objectives are as follows: a) to carry out a case study on the decisions of the Federal Supreme Court, specifically the one handed down in Extraordinary Appeal with Interlocutory Appeal (ARE) 1267879, and the Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs) 6586 and 6587; b) explain the institute of dismissal for just cause of the employee and the principle of continuity of the employment relationship, based on doctrine and case law, considering labor decisions; c) weigh up the employee's right to freedom not to be vaccinated against the right to collective health. In view of this, the guiding question of this investigation is the following: is the dismissal of an employee for just cause, for not having been vaccinated against the coronavirus, supported by the Constitution, if individual freedom is considered, when it collides with the right to collective health? As a hypothesis, the health of the community*

“Direitos Humanos, Governança e Democracia”, coordenado pelo Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin da UNIJUÍ. Foi Professora de Direito e Processo do Trabalho na URI/SLG. Advogada. Pesquisadora da área do direito internacional dos direitos humanos. Endereço para correspondência: Rua Duque de Caxias, 877, Centro, Santo Ângelo/RS, CEP 98803-412. E-mail: laura.marcht@hotmail.com. Telefone: (55) 98137-4493.

is considered to be the asset with the greatest weight in this equation, which consequently leads to damage to the continuity of the private employment relationship. The method of approach chosen for the study is inductive and the research techniques used are bibliographical-documentary and jurisprudential.

KEYWORDS: *Covid-19. Compulsory vaccination. Fundamental Right to Health. Dismissal for Just Cause. Weighting.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que a pandemia desencadeada pelo coronavírus fez emergir várias questões para diversas áreas da vida social, o que não seria diferente para o Direito. Com efeito, são assuntos altamente contemporâneos e que ainda não possuem definição estanque, inclusive, na seara trabalhista. É que, até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) não julgou nenhum recurso decorrente de relação de emprego rompida por justa causa em razão da não vacinação de empregado(a). Ocorre que a temática central desta investigação está sendo discutida e julgada pelas Varas do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, com isso, tem sido levantado questionamentos importantes com relação à obrigatoriedade da vacinação contra o coronavírus e a possibilidade - ou não - de aplicação de justa causa para rescisão de contrato de empregado(a) que não se imunizar, considerando outro bem jurídico - que é o direito fundamental à saúde coletiva.

Nesse contexto, esta pesquisa tem por objetivo geral aplicar a ponderação de bens: de um lado, há o direito à liberdade de não se vacinar contra o coronavírus, e, de outro, o direito fundamental à saúde coletiva. É nesse sentido que se problematiza sobre a (im)possibilidade e da (in)adequação de aplicação de justa causa para rescindir contrato de trabalho de empregado(a) que se nega a se vacinar, considerando ainda a obrigatoriedade legal da vacinação. Tal escopo encontra respaldo jurídico na interpretação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879 (BRASIL, 2020d), bem como das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 (BRASIL, 2020b) e 6587 (BRASIL, 2020c). À vista disso, a partir da pesquisa bibliográfica dos teóricos que discutem a teoria da ponderação e dos direitos fundamentais, será realizada a análise das sobreditas decisões.

Assim, a pergunta norteadora desta pesquisa é a seguinte: é possível demitir o empregado que se negou a fazer a vacina contra o coronavírus por justa causa? Para responder a essa questão, é necessário pontuar duas teses. Considerando o princípio da continuidade da relação de emprego, à primeira vista, seria possível advogar pela não ruptura contratual empregatícia por justa causa. Além disso, seria necessário estabelecer em qual ou quais hipóteses o ato de não se vacinar

se subsumiria, diante do rol contido nas alíneas do artigo 482 (BRASIL, 1943) da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Ainda, há de se considerar que, se a vacinação é obrigatória por lei, não há como o indivíduo deixar de se vacinar, o que geraria prejuízo à saúde coletiva, ainda que fosse considerado apenas o meio ambiente laboral como base.

Para delimitar a temática, esta pesquisa possui três objetivos específicos, quais sejam: a) realizar estudo das decisões do STF, em específico do julgamento do ARE 1267879 (BRASIL, 2020d), bem como das ADIs 6586 e 6587 (BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c) e a questão da obrigatoriedade da vacinação no Brasil; b) explicar o instituto da dispensa por justa causa do(a) empregado(a) e o princípio da continuidade da relação de emprego, a partir da doutrina e da jurisprudência, considerando decisões trabalhistas tanto em Primeira quanto em Segunda Instâncias; c) ponderar o direito de liberdade do(a) empregado(a) de não se vacinar em relação ao direito de saúde coletiva, para verificar se é adequada a aplicação da justa causa no caso de empregado(a) que se nega a ser vacinado.

Para o fim de possibilitar a proposição das teses em um contexto sistematizado e coerente, o método de abordagem desta investigação é o indutivo, partindo-se de premissas específicas para se chegar até a geral. O referencial teórico utilizado para desenvolver a temática se debruça nas obras de Robert Alexy (1999; 2002; 2003; 2014; 2022), Jorge Reis Novais (2003; 2004; 2010), Norberto Bobbio (2000; 2004), Martin Borowski (2003; 2022), entre outros, e de doutrina pátria trabalhista, como Amauri Mascaro Nascimento (1991) e Maurício Godinho Delgado (2019), além de pesquisa legislativa e constitucional. Para além, utiliza-se de decisão proferida pelo STF, em sede do julgamento do ARE 1267879 (BRASIL, 2020d), bem como das ADIs 6586 e 6587 (BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c), e outras decisões proferidas em Primeira e Segunda Instâncias - de caráter trabalhista - envolvendo as particularidades casuísticas do objeto desta pesquisa.

2A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO NO BRASIL E A DECISÃO DO STF NO ARE 1267879 E NAS ADIs 6586 E 6587

Esta primeira seção irá realizar um estudo acerca da obrigatoriedade da vacinação no Brasil. Ainda, interpretará as decisões do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo 1267879 (BRASIL, 2020d), bem como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586 (BRASIL, 2020b) e 6587 (BRASIL, 2020c). Estas decisões do STF, nesse sentido, servirão de base para a comparação de teses, como o elucidado no introito desta pesquisa.

2.1 A obrigatoriedade da vacinação no Brasil

A temática da obrigatoriedade da vacinação no Brasil remonta ao ano de 1975, momento em que foi publicada a Lei nº 6.259 (BRASIL, 1975), que “dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa

Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências”. Nesta lei, consta, expressamente, em vários dispositivos, que a vacinação não será optativa, devendo ser observados os calendários oficiais para controle e erradicação de determinadas doenças. A partir de 1990, por imposição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passou a ser obrigação dos pais o encaminhamento dos(as) filhos(as) para que se vacinem (BRASIL, 1990).

A questão da obrigatoriedade - ou não - da vacinação contra o vírus da Covid-19 ganhou repercussão dado o fato de que a imunização foi desenvolvida de forma emergencial, por vários laboratórios do globo e, também, a partir da utilização de diferentes técnicas. Ademais, as falas do Presidente da República, à época, Jair Bolsonaro, contra a aplicação dos imunizantes foram determinantes para causar comoção geral em torno das campanhas. Como consequência, muitas pessoas, sem qualquer respaldo médico-científico, deixaram de se vacinar. A proporção tomada pela posição antivacinação do Presidente da República Jair Bolsonaro, bem como de seus eleitores e correligionários, culminou em desconfiança em relação às vacinas, o que é fato público e notório.

Com efeito, é importante ressaltar que a legislação mais contemporânea acerca da vacinação obrigatória é a Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020a), que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Pela leitura da norma contida no artigo 3º, incisos, alíneas e parágrafo primeiro, tem-se que é possível que a imunização seja realizada compulsoriamente. Assim,

[...] Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; **d) vacinação e outras medidas profiláticas**; ou e) tratamentos médicos específicos; [...] § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas 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. (BRASIL, 2020a, s.p., grifo nosso).

Outrossim, faz-se necessário destacar que o § 4º do referido artigo 3º da Lei nº 13.979/20 dispõe que “as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei” (BRASIL, 2020a). Nesse sentido, no parágrafo único do artigo 1º desse dispositivo, consta que “as medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade” (BRASIL, 2020a). Isto já demonstra, em outras palavras, uma tendência à proteção do coletivo em detrimento de questões individuais.

Além da situação pandêmica, o descontrole das informações em função da proliferação de *fake news* relacionadas à vacina contra a Covid-19 fez com que muitas pessoas não se vacinassem, sob as mais diversas justificativas. Como consequência, entende-se que resta ao Poder Judiciário resolver questões como esta, isso porque diz respeito a conflitos entre direitos fundamentais. Neste caso, o conflito ocorre entre o direito de liberdade individual - de se vacinar - *versus* o direito de proteção da saúde coletiva.

2.2 As decisões do Supremo Tribunal Federal no ARE 1267879 e nas ADIs 6586 e 6587

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em nível de repercussão geral no ARE 1267879, compreendendo como constitucional a imunização por via vacinal, não podendo essa ser forçada, não obstante que haja consequências na vida privada do indivíduo que se negar a se vacinar (RODRIGUES, 2021). Em que pese haja o risco de adquirir uma doença mortal e ainda transmiti-la, muitas pessoas se reservaram ao direito de não se vacinar, bem como de não vacinarem seus(suas) filhos(as). De acordo com esse entendimento, essas pessoas poderão sofrer consequências legais tanto quanto o(a) empregado(a) que se negar à vacinação. Neste caso, é possível perder o emprego, caso se entenda que tal é conduta grave a ponto de causar a ruptura contratual por justo motivo.

A sobredita decisão, contudo, não tratou de situação empregatícia, mas de negativa de vacinação de criança pelos pais, sob o fundamento de objeção de consciência. O item 5 da ementa elucidou a posição do STF:

É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenham registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual 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); [...]. (BRASIL, 2020d, p. 2, grifo nosso).

Assim, o STF fixou a tese de constitucionalidade da 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. (BRASIL, 2020d, p. 2).

Nesse contexto, é importante destacar que o entendimento foi firmado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586 (BRASIL, 2020b) e 6587 (BRASIL, 2020c), ambas

de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, bem como do sobredito Recurso Extraordinário com Agravo 1267879 (BRASIL, 2020d), cuja relatoria coube ao Min. Luís Roberto Barroso. Com efeito, as teses fixadas nas ADIs foram as seguintes:

(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 expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (BRASIL, 2020b, p. 3, grifo nosso).

Do julgamento, destacam-se as defesas dos Ministros e das Ministras pela obrigatoriedade da vacinação, como no caso do Min. Marco Aurélio Melo, aduzindo que “vacinar-se é um ato solidário, considerados os concidadãos em geral” (BRASIL, 2020b, p. 189). Ainda, o Min. Edson Fachin expôs que “a imunidade coletiva é um bem público coletivo” (BRASIL, 2020b, p. 97). Equitativamente, a Min. Cármen Lúcia pontuou que “a Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas” (BRASIL, 2020b, p. 115). Para além, a Min. Rosa Weber mencionou que:

Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegure o emprego dos meios - necessários, adequados e proporcionais - para a preservação da vida humana. (BRASIL, 2020b, p. 206).

Por conseguinte, é fato que a decisão do STF foi no sentido de que prevalece o interesse coletivo, a saúde geral, diante da liberdade da pessoa de não querer se vacinar, principalmente se o caso for de calamidade pública decorrente de pandemia avassaladora - doença que não se sabe ao certo como reage nos organismos humanos, quando do contágio, durante e após.

Com efeito, Dieter Grimm (2006, p. 36) entende que “os tribunais constitucionais podem dar um contributo essencial para a realização de requisitos normativos e para a obtenção de consenso jurídico-constitucional”, o que se dará em breve, quando os processos judiciais envolvendo rescisão de contrato de trabalho por justa causa de empregado(a) que não se vacinar contra a Covid-19 chegarem ao STF.

Martin Borowski (2003), nesse contexto, defende a multiplicidade de decisões que se estabelecem em ordens de precedência, gerando, como consequência, segurança jurídica, principalmente em “períodos de estresse” (NOVAIS, 2003, p. 656). A partir dessas premissas, a segunda seção desta pesquisa tem como base o estudo do instituto da justa causa aplicada a empregado(a) que não se vacinou contra a Covid-19, mediante análise das decisões de Primeira e Segunda Instâncias.

3 A DISPENSA POR JUSTA CAUSA DO(A) EMPREGADO(A) NÃO VACINADO(A): ESTUDO DE CASO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS JUDICIAIS TRABALHISTAS

Esta seção tem como objetivo específico explicar o instituto da dispensa por justa causa na legislação, bem como na doutrina juslaboral pátrias, conectando-as com as razões elucidadas na sentença e no acórdão proferidos no processo nº 1000122-24.2021.5.02.0472 (BRASIL, 2021a; 2021b), em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2), que será detalhado em seguida.

3.1 A dispensa por justa causa na legislação e doutrina brasileiras

No ano de 1943 foram compiladas as leis trabalhistas existentes no país, via publicação do Decreto-Lei nº 5.452 (BRASIL, 1943), a denominada Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Tal Consolidação foi instrumento legislativo importante para o desenvolvimento dos direitos sociais⁴ no Brasil e seu efetivo exercício e fruição pelos(as) trabalhadores(as). A CLT, assim, é conhecida por trazer em seu bojo desde normas sobre garantias, quanto relativas a deveres de empregados(as) e empregadores(as). Ainda, essas normativas tratam sobre prescrição, conceituam quem é o(a) empregador(a) e o(a) empregado(a), estipulam multas administrativas, regem - do início ao fim - as relações de emprego, estabelecem o processo trabalhista e suas peculiaridades até o último procedimento (BRASIL, 1943).

No mesmo sentido e, posteriormente à CLT, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direitos dos(as) trabalhadores(as) desde a jornada de oito horas diárias, intervalo intrajornada de uma hora diária, 13º salário, depósitos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), descanso semanal remunerado (DSR), isonomia salarial até a competência da Justiça do Trabalho, via Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/2004), além muitas outras garantias - a maioria dessas expostas nos incisos do artigo 7º (BRASIL, 1988).

Um desses direitos constitucionais trabalhistas é o que consta no inciso I do referido artigo, que dispõe que é direito do(a) trabalhador(a): “I - relação de

⁴ A temática acerca das gerações ou dimensões de direito será elucidada na última seção desta investigação.

emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (BRASIL, 1988, s.p.). Na atualidade, não há lei complementar a regulamentar a referida norma, de forma que a dispensa arbitrária ou sem justo motivo, é uma realidade nos contratos de trabalho. Na prática, a “indenização compensatória” correspondente ao depósito, pelo empregador, de 40% do valor dos depósitos do FGTS ao empregado demitido.

Nas alíneas do artigo 482 da CLT constam as hipóteses legais de aplicação de justa causa, sendo elas as seguintes: 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 (BRASIL, 1943).

São, também, causas para aplicação de justa causa: f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; 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; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado (alínea incluída pela Reforma Trabalhista, a Lei nº 13.467/2017) (BRASIL, 1943; 2017).

Para além, no parágrafo único do sobredito artigo consta que “constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional” (BRASIL, 1943, s.p.).

Dessa forma, ao(à) empregado(a) demitido(a) por justa causa, são devidas apenas as férias vencidas acrescidas de 1/3 e o saldo de salário. Com efeito, não são percebidos pelo(a) empregado(a) as seguintes verbas rescisórias e direitos trabalhistas: 13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3, multa compensatória de 40% sobre o saldo no FGTS, o montante fundiário - o qual não é possível sacar -, aviso prévio e seguro-desemprego. Portanto, a aplicação do instituto da justa causa gera demasiados prejuízos ao(à) empregador(a).

Assim, questiona-se: a legislação trabalhista pátria permite que outras situações sejam enquadradas como causadoras de despedida por justa causa, não apenas as constantes nas alíneas do artigo 482 e, também, em seu parágrafo único? Conforme entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (1991) e Maurício Godinho Delgado (2019), jusdoutrinadores trabalhistas, o conceito de justa causa deve ser interpretado sob um ponto de vista abrangente, extensivo - não restrito, nem típico -, como se estivesse diante de um rol taxativo de tipos penais.

Por essa razão, Nascimento (1991, p. 191) cita o conceito de justa causa inserido na Lei do Contrato de Trabalho Portuguesa, de 1990, ainda vigente, no sentido de que “considera-se justa causa o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Porém, admite Delgado (2019) que o quadro genérico de hipóteses de justa causa sem sistemas de garantias e restrições ao poder diretivo do empregador, seja via sindicatos, seja via legislação infraconstitucional, é bastante temeroso e, por isso, não é utilizado pelo Direito brasileiro.

Contudo, faz-se necessário considerar que mesmo diante de um rol taxativo para esse instituto, existem dificuldades para se encaixar determinadas condutas como típicas hipóteses de justa causa. É nesse sentido que se o caso em tela merece destaque, isso porque ainda não há posição definitiva acerca de qual alínea seria possível a negação de se vacinar e, por consequência, possibilitar a dispensa motivada.

3.2 Estudo de decisões em Reclamatória Trabalhista

Antes de adentrar na análise do processo nº 1000122-24.2021.5.02.0472, faz-se importante ressaltar que até o momento do desenvolvimento desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal ainda não recebeu recurso atinente à aplicação de dispensa por justa causa em caso de negativa à vacinação contra o Covid-19.

Isto posto, examina-se trecho da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2), de Relatoria do Des. Roberto Barros da Silva (BRASIL, 2021b), que manteve a sentença proferida pela Juíza Isabela Parelli Haddad Flaitt, da 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul/SP (BRASIL, 2021a), negando o pedido da reclamante de recebimento de verbas rescisórias decorrentes da reversão da despedida motivada para despedida sem justa causa:

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 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, foi devidamente aprovado pelo respectivo órgão regulador (ANVISA). (BRASIL, 2021b, p. 6).

A razão de decidir do acórdão foi a mesma da sentença recorrida, ou seja, deu-se maior importância à saúde coletiva. Em outras palavras, os demais empregados e pacientes do hospital no qual a reclamante trabalhou, tiveram sua saúde protegida em detrimento da recusa individual à vacinação contra o vírus da Covid-19. De acordo com a sentença, “a conduta da autora de se recusar a ser vacinada, laborando em um ambiente hospitalar e sem apresentar explicações médicas para uma possível abstenção, configura ato de insubordinação passível de demissão por justa causa”, ressaltou a magistrada (BRASIL, 2021a, p.13). Assim, os pedidos foram julgados totalmente improcedentes (BRASIL, 2021a).

No caso em tela, a empregada não se vacinou com a segunda dose do imunizante, motivo pelo qual foi dispensada por justa causa, sob a hipótese de “ato de indisciplina ou insubordinação”, conforme artigo 482, alínea “h” da CLT. É fundamental, para além, referir que a reclamante recebeu advertência pela recusa à vacinação e, por continuar com a mesma conduta, foi-lhe aplicada a pena capital trabalhista, a despedida por justa causa (BRASIL, 2021a).

Nesse sentido, Delgado (2019) refere que:

Indisciplina é o descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou da empresa. Ilustrativamente, a regra afixada no portal do salão proibindo o ingresso de pessoas, exceto se protegidas por equipamentos de segurança; ou a regra afixada nas paredes da fábrica proibindo fumar. **Insubordinação**, por sua vez, é o descumprimento de ordens específicas recebidas pelo empregado ou grupo delimitado de empregados. É o desatendimento pelo obreiro a ordem direta por ele recebida do empregador ou dos prepostos e chefias deste (DELGADO, 2019, p. 1436, grifos do autor).

Esta distinção entre indisciplina e insubordinação é, portanto, essencial para compreender a motivação do rompimento do contrato de trabalho nesta ação trabalhista, posto que ocorreu um descumprimento ordem específica de empregador(a): a vacinação. Nesse cenário, é possível rememorar Maurício Godinho Delgado (2019) novamente. É que o doutrinador just trabalhista refere existir uma possibilidade na CLT que descreveria o caso em questão (DELGADO, 2019). Trata-se da:

[...] **recusa injustificada do obreiro à observância de instruções expedidas pelo empregador quanto à saúde e segurança no trabalho ou quanto ao uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa** - a presente infração abrange qualquer empregado que se encontre na situação especial aventada pelo parágrafo único do art. 158 da CLT, isto é, em circunstâncias insalubres e/ou perigosas ao longo do exercício de seu labor (DELGADO, 2019, p. 1441, grifos do autor).

Com efeito, esse caso coaduna com a sobredita possibilidade de “recusa injustificada do obreiro...”, visto que a reclamante trabalhava no “Hospital Infantil Municipal Marcia Braido”, no cargo de auxiliar de limpeza. Este cargo demonstra claramente que a reclamante laborava com a higienização de locais - inclusive, insalubres -, o que leva a crer que a vacinação era ainda mais necessária, pois além de ter contato com superfícies e pessoas infectadas - podendo contrair o coronavírus -, seria vetora de contágio desse para outras pessoas. Isto reforça, como consequência, o quanto é necessário a preservação da saúde coletiva em um ambiente no qual o máximo de cuidado com assepsia e prevenção a doenças é mister. Foi referido em ambas as decisões - sentença e acórdão -, que a reclamante fazia parte do grupo de vacinação emergencial

estabelecido pelo Estado de São Paulo, justamente por trabalhar em instituição de saúde (BRASIL, 2021a; 2021b).

A decisão do TRT2, ainda, citou que o ex-empregador se utilizou de todos os meios informativos para tratar de modo coerente da necessidade e da importância da vacinação a todos(as) os(as) seus(suas) empregados(as), cumprindo com os protocolos de saúde impostos pelo Governo do Estado de São Paulo. Soma-se a isso o fato de que a decisão em questão foi tomada após o julgamento do ARE 1267879. Este Recurso Extraordinário referiu 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” (BRASIL, 2021b, p. 6).

Por assim ser, a dispensa por justa causa em caso de não vacinação pode ser aplicada de forma indiscriminada? No referido caso, se considerado que a imunização da empregada se fazia emergencial, por estar trabalhado na “linha de frente” de combate à pandemia, em ambiente hospitalar, sua função é considerada essencial. Logo, sua negativa à vacinação correspondeu a uma falta grave, passível de denúncia à chefia do contrato de trabalho. Com tal decisão, entende-se que o Hospital empregador deu prioridade à saúde coletiva, em prejuízo da manutenção da relação privada empregatícia.

A palavra do empregador foi respaldada pela sentença e pelo acórdão, conforme exposto, haja vista a função da reclamante, a gravidade da situação pandêmica, a aplicação de advertência prévia, a comprovação da obrigatoriedade da vacinação para trabalhadores da “linha de frente”, assim como as razões de decidir do acórdão proferido no Recurso Extraordinário.

4 A PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE E SAÚDE COLETIVA

Nesta seção serão apresentados os teóricos acerca da teoria da ponderação, bem como dos direitos fundamentais para aferir, ao final desta pesquisa, se o direito de liberdade - no que se refere à vacinação contra o coronavírus - tem preferência ao direito fundamental à saúde da coletividade. Isto é importante vez que o exame da proporcionalidade se transformou nos últimos tempos, no principal critério material de argumentação para reivindicar direitos fundamentais (BOROWSKI, 2022).

4.1 Os direitos sociais para os teóricos dos direitos fundamentais

Quando se trata de direito à saúde e direito ao trabalho, é possível afirmar que se está diante de direitos sociais, classificados como de segunda dimensão⁵. Os

⁵ Embora a classificação original seja denominada de gerações de direito, já está pacificado entre os constitucionalistas a expressão dimensões, visto que nesta terminologia evitaria a ideia de uma superação dos direitos conquistados pela dimensão anterior, formando uma corrente protetiva de garantias. Para além, ainda que esta classificação se tenha

direitos sociais, com efeito, exigem uma prestação positiva do Estado - diferente dos direitos de primeira dimensão, os quais refletem um não-agir estatal. Esses direitos emergem, assim, no século XIX, durante a Revolução Industrial. Refletem, portanto, os movimentos socialistas e do proletariado (BOBBIO, 2004; TOSI, 2016). Esses direitos se voltam às garantias ligadas ao bem-estar do indivíduo e da coletividade, calcadas na promoção do trabalho, da assistência, da previdência, da saúde, do lazer, entre outros.

Acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, pode-se dizer que os estudiosos consideram que se trata de algo conquistado, mas que precisa ser constitucionalizado, em ordenamentos nos quais ainda não o são. Tal necessidade de constitucionalização, coloca em questão o debate sobre os direitos e garantias fundamentais serem oponíveis - ou não - ao Estado, o qual possui os deveres de conceder, zelar, garantir, defender, mesmo nas situações mais complexas, como nos casos de pandemia (NOVAIS, 2010). Para além, em situações como a pandêmica, é que se observa o quanto são fundamentais os direitos à saúde e ao trabalho, por exemplo.

Para Jorge Reis Novais (2004, p. 32-33, grifo nosso):

[...] ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de carácter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma **intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial**.

As Constituições portuguesa e brasileira, à vista disso, possuem amplo reconhecimento dos direitos sociais. Não obstante, há várias formas de acolhimento e consagração desses enquanto verdadeiros direitos fundamentais, ou seja, cada ordem jurídica possui sua carga de historicidade, de ideologia, de estrutura legal e constitucional de garantias. Por essa razão, não são em todos os casos que os direitos sociais são consagrados em nível constitucional, no que se refere a sua promoção ou proteção (NOVAIS, 2010).

Norberto Bobbio (2004, p. 25) foi preciso na seguinte colocação:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi [...] que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

popularizado por um autor do Norte global, Norberto Bobbio, com a obra *A era dos direitos* (2004), o primeiro autor a criar a ideia de gerações de direito foi o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colônia, Etienne-Richard Mbaya (1997), de origem africana.

Jorge Reis Novais (2003) possui entendimento semelhante. O autor refere que há uma tendência de entender a elaboração dogmática dos direitos sociais sobre pressupostos teóricos. Outrossim, que há desinteresse da doutrina em resguardar os direitos sociais como fundamentais, por essa razão, a proteção desses não é algo pronto e acabado, mas sim, um processo em formação. Deve-se isso porque “o extraordinário sucesso político tanto da fórmula quanto da realização do Estado Social de Direito não foi acompanhamento de análogo sucesso de reconhecimento jusfundamental dos direitos sociais” (NOVAIS, 2003, p. 11).

Em contrapartida, Bobbio (2004, p. 15) refere que “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”, mantendo-se, assim, o *status quo* de desproteção de determinados direitos, nas searas doutrinária, jurisprudencial, legal e constitucional. Portanto, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los (filosófico), mas o de protegê-los (político)” (BOBBIO, 2004, p. 24).

Como exemplos, têm-se os direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que possuem tanto caráter formal quanto material de direitos fundamentais e, por consequência, são dotados dos privilégios constitucionais a eles inerentes (NOVAIS, 2010). Do mesmo modo, Dieter Grimm (2006, p. 39-40, grifo nosso) entende que as questões sociais determinaram:

[...] mudanças profundas nas matérias reguladas pela Constituição: o Estado e a sua atividade estão de novo a recuar face à crescente complexidade e diferenciação das relações sociais. Na origem desta situação está o colapso da confiança liberal na capacidade de autogovernar a sociedade: **justiça social prometida**, surgiu a questão social, que obrigou o Estado a abandonar sua posição de mero garantidor da ordem preestabelecida e, em consequência, promover por si mesmo o justo equilíbrio de interesses e mediação do mercado que não tinha conseguido gerar. **Este aumento das funções e responsabilidades do Estado não foi realmente acompanhado por um alargamento da sua capacidade reguladora.**

À vista disso, Martin Borowski (2003) compreende que os direitos fundamentais podem ser conceituados como formais - ou seja, quando catalogados expressamente na Constituição -, materiais - quando a intenção é de que se constitucionalizem com o fito de dar positivação aos direitos humanos -, e os procedimentais - que dependem de quem os qualifica como fundamentais, se o legislador comum ou o constituinte originário.

Ainda, Borowski (2003) refere que os direitos fundamentais são divididos entre aqueles que são de defesa e os de prestação. Quando se refere aos primeiros, é possível citar os direitos de liberdade, dentre os quais está localizado o de não se vacinar. No âmbito dos direitos fundamentais prestacionais, pode-se incluir os sociais, como a proteção à saúde e ao trabalho. No que se refere à estrutura, os

primeiros precisam de justificativa constitucional para que sejam relativizados. Portanto, para obrigar alguém a se vacinar, o Estado precisa salvaguardar essa relativização de forma constitucional - neste caso, protegendo a saúde coletiva.

Com efeito, seguindo os pressupostos constitucionais de Borowski (2003; 2022), a liberdade de direitos fundamentais é negativa, uma vez que é possível ser restringida se entrar em rota de colisão com outros bens, especialmente quando se refere daqueles pertencentes à coletividade. A partir disso, o método da ponderação é passível de ser aplicado para responder à pergunta norteadora desta pesquisa, o que será realizado a seguir.

4.2 A vacinação contra a Covid-19 na relação de emprego à luz da teoria da ponderação

Robert Alexy (1992; 2002) foi o precursor dos estudos acerca da teoria da ponderação⁶ - a qual é aplicada a partir do teste da proporcionalidade. Esta técnica foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, e é amplamente utilizada até a contemporaneidade para solucionar *hard cases* - casos difíceis (DWORKIN, 2002). Assim, na colisão entre normas constitucionais que possuem estrutura de princípios, é possível referir que esses se constituem enquanto mandados de otimização. Esses mandamentos exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2022, p. 112). Ao colidirem, é preciso se decidir qual dos princípios prevalecerá e qual será restringido.

Em outras palavras, do resultado da colisão entre dois princípios, surgirá uma regra específica, a qual consistirá na consequência jurídica do princípio prevalecente, criada sempre com base nas condições fáticas do caso concreto. Nesse viés, Alexy (2002, p. 99) refere que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

À vista disso, Alexy (2003) defende que o teste da proporcionalidade - em sentido *lato* - possui três subprincípios, que são os seguintes: o da adequação - ou idoneidade -, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Primeiramente, verifica-se a adequação e a necessidade, nesta ordem. Isso porque esses dois subprincípios se referem à otimização no que tange às possibilidades fáticas (BOROWSKI, 2022). Somente após essa verificação, analisa-se a

⁶ Ainda que Robert Alexy tenha sido o precursor da teoria da ponderação, essa construção só foi possível a partir da obra de Ronald Dworkin (2002), com o recorte epistemológico que este faz entre princípios e regras (SIECKMANN, 2011). A partir do critério *all-or-nothing-fashion* (tudo-ou-nada, no português), Dworkin (2002), utilizando as regras do jogo de beisebol, refere que no conflito de regras, uma delas é considerada válida - invalidando a outra. A questão, contudo, torna-se mais complexa no que se refere aos princípios - que colidem, dado seu caráter *prima facie* (DWORKIN, 2002). A colisão então é aferida no caso concreto, jamais invalidando o princípio que tiver menor peso.

proporcionalidade em sentido estrito, que verificará a otimização no que se refere às possibilidades jurídicas (BOROWSKI, 2022; NEIVA, 2021).

De acordo com Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 45), quando os princípios entram em colisão, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”, que exigem uma solução dentro do possível, mediante interpretação e aplicação de ponderação caso a caso. Com efeito, é por meio da fórmula de Pareto que Alexy (2022) busca impedir os custos evitáveis.

Para tanto, o papel do Judiciário é muito importante. Neste aspecto, parte-se da ideia de Salgado & Gabbardo (2008, p. 180), no sentido de que os juízes:

[...] são intérpretes fundamentais, devendo, no tocante à sua atividade, ser considerado que: a) não estão obrigados a uma interpretação mecânica de regras (que teriam um sentido pré-determinado apenas a ser “descoberto”); b) frequentemente utilizam-se da razoabilidade e da finalidade como critério hermenêutico; c) consideram princípios de moral e justiça na aplicação do direito; d) promovem escolhas entre valores conflitantes.

À vista disso, “uma decisão judicial reflete sobre todo o ordenamento, relaciona-se com as decisões já tomadas e com as decisões que virão. [...]. E, assim tomadas, as normas jurídicas devem ser tidas como razões substanciais para justificar ações e decisões (SALGADO; GABBARDO, 2008, p. 181-182).

Novais (2003, p. 640) defende que a recorrer à ponderação é “inevitável”, especialmente quando se fala de períodos de estresse, quando a vontade do(a) magistrado(a) pode vir a macular as decisões, dando demasiado valor às liberdades, em detrimento das necessidades e segurança coletiva. No caso específico da demissão por justa causa de empregado(a) que não se vacina contra o vírus da Covid-19, está-se diante de situação de estresse, mas não pode haver supervalorização de liberdades. Pelo contrário, essas precisam ser limitadas para evitar mais infecções, superlotações de hospitais, escassez de insumos e, sobretudo, mortes. É nesse contexto que aparece a ponderação como uma ponte entre a abstração do Direito e as situações da vida real.

A ponderação, conforme Borowski (2003), foi essencial na resolução de um caso judicializado na Alemanha, no qual a legislação determinava horário especial de trabalho noturno. A questão que foi debatida neste caso foi a seguinte: tal regra poderia ferir os direitos do empregador, dono de padaria, de dirigir o estabelecimento e reger o serviço dos(as) empregados(as) conforme sua disposição, em decorrência das particularidades de seu negócio?

O Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade da norma, porquanto se deu mais peso ao direito à saúde do(a) trabalhador(a), em prejuízo da liberdade de conduzir o empreendimento, por parte do empregador. Ponderou-se - via teste de proporcionalidade em sentido *lato* - entre a liberdade e a saúde, partindo-se da idoneidade, ou seja, no sentido de que a proteção da saúde era

(ou não) um fim legítimo para a existência da norma reguladora de limitação de horários, passando pela observância (ou não) da necessidade da norma, pois sem ela os(as) empregadores(as) definiam restrições de horários noturnos. Após, ao verificar a proporcionalidade em sentido estrito, a saúde obteve maior peso (BOROWSKI, 2003).

Nesse sentido, outro exemplo apresentado por Novais (2003) é quanto à restrição de uma procissão religiosa em função de perigo de epidemia. Nesse caso, o que se restringe não é o próprio direito de liberdade religiosa, mas a forma de sua expressão, de seu exercício: procissão, diante da possibilidade de a saúde coletiva ser afetada. Ponderam-se as vantagens e os inconvenientes da restrição da liberdade de culto, portanto, passando-se pelas três etapas do teste da proporcionalidade, com o intuito de que a limitação seja a menos danosa possível, resguardando-se ao máximo os direitos ou bens fundamentais em balanceamento.

Assim, tem-se que a proporcionalidade em sentido *lato* pode ser considerada no caso do presente artigo, pois, conforme Carlos Bernal Pullido (2014), é preciso que a aplicação dessa ocorra de forma escalonada e sucessiva, como trazido por Borowski (2003; 2022) e por Alexy (1999; 2002; 2003; 2014; 2022), mas apenas se isso for necessário no caso concreto. Portanto, a idoneidade ou a adequação é o fim constitucionalmente legítimo, que se consubstancia na liberdade de não se vacinar, assim como na possibilidade de ser cobrado ao(à) empregado(a) que se vacine pelo(a) empregador(a), especialmente diante da existência de norma impositiva da conduta. A liberdade existe para ambos os lados, seja de não se vacinar, seja de gerenciar a relação de emprego, assim como o fim legítimo de demissão por justa causa aparece quando se protege a saúde dos demais colegas de empresa e do todo.

Quanto à necessidade, a demissão por justa causa se faz necessária? Questiona-se se o(a) empregador(a) poderia se valer de outra atitude. No caso concreto elucidado na seção anterior, a empregada recebeu advertências prévias à pena capital da extinção do contrato de trabalho, ou seja, se não fosse via aplicação do justo motivo, não haveria como se resguardar a saúde dos colegas, hospitalizados - do coletivo (PULLIDO, 2014).

Por fim, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito - ponderação -, Pullido (2014) defende que se pondera o direito fundamental afetado - liberdade, com o direito fundamental ou princípio constitucional que foi mitigado - direito à saúde coletiva via aplicação da justa causa⁷. A relação se dá entre o particular - empregado em sua liberdade de não se vacinar - e o coletivo - coletividade que sofrerá com as consequências da não vacinação do indivíduo. Questiona-se: o meio - demissão por justa causa - através do qual a saúde coletiva será priorizada é legítimo? Se a importância da intervenção do direito fundamental - quebra da relação de emprego - se encontra justificada pela importância da realização do fim perseguido - saúde coletiva - pela intervenção - na liberdade de não se vacinar -, observa-se a legitimidade do ato.

⁷ Esta traz consigo o direito do empregador em seu *jus variandi*.

Ao considerar que a saúde é um direito protegido constitucionalmente pelo Estado⁸, não resta dúvida ao admitir que na demissão do(a) empregado(a) que não se vacinar, em meio à pandemia e no contexto da obrigatoriedade da vacinação, no âmbito legislativo e conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a justa causa poderá ser aplicada, sendo adequada para salvaguardar o direito ou bem de maior peso⁹: a saúde coletiva.

Para tanto:

[...] cabe indagar da relevância constitucional do que está efetivamente em jogo, tendo em conta as valorações já direta ou indiretamente realizadas pela CF, assim, há que se perceber se o interesse de liberdade em causa se refere ao núcleo ou à auréola do respectivo direito fundamental, se está mais ou menos próximo do valor da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional vital que dá sentido estrutural unificante ao sistema de direitos fundamentais e ao conjunto constitucional de valores, entendido, não como ordem hierarquizada e escalonada, mas como conjunto de valores que se relacionam e limitam reciprocamente em termos só a determinar no caso concreto mediante valoração e ponderação de bens (NOVAIS, 2003, p. 721).

Assim, considerando o entendimento da Corte guardiã da Constituição, a respeito da obrigatoriedade da vacinação, não se pode considerar legítima a escolha individual quanto a não se vacinar em contexto de pandemia. Faz-se necessário que se considere, ainda, que há possibilidade de restrição do direito fundamental de liberdade se ele precisar ser mitigado por outro, de maior peso, considerando-se o caso concreto, o qual deverá ser protegido em maior grau.

5 CONCLUSÃO

Ter liberdade é inspirador (DAVIS, 2018), mas o que se faz dela sem comida? E sem saúde? Tem-se a liberdade de morrer doente ou de fome? Em um contexto pandêmico, é possível separar a saúde coletiva da saúde individual? É possível legitimar a não vacinação em razão do exercício do direito de escolher se quer ou não se submeter a ela? É viável que a individualidade seja preservada e a coletividade possa sofrer as consequências negativas de tal escolha? A partir desses questionamentos, buscou-se nesta pesquisa tratar a respeito desse caso difícil. Assim o é, porque verificando a teoria e a prática, com base na aplicação do teste de proporcionalidade no caso concreto, não restam dúvidas.

⁸ Na Constituição brasileira, a saúde está assegurada nos artigos 196, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos [...]”, 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde [...]”, bem como no artigo 200, II, o qual informa que compete ao Sistema Único de Saúde “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (BRASIL, 1988; DELGADO, 2019).

⁹ Considerando-se ponderar entre a liberdade de não se vacinar e a saúde coletiva.

A pandemia do coronavírus desencadeou diversas situações desafiadoras que antes não haviam sido debatidas, mas que na contemporaneidade se fazem necessárias. Ao se perquirir sobre a constitucionalidade do ato de não se vacinar em colisão com o direito à saúde coletiva, está-se diante de dois direitos normatizados principiologicamente, isto é: princípio da liberdade, de não ser obrigado a nada que a lei não determine, de poder se imiscuir de cumprir algo contra a sua vontade. Aquela originária do ser humano, um direito natural, de primeira dimensão - uma conquista própria da modernidade.

Do outro lado da balança, há o direito à saúde coletiva, constitucionalizado no Brasil nas normas dos artigos 6º, 24, XII, 196 a 200 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), construído a partir de lutas, reivindicações, movimentos sociais, fruto da necessidade humana de não apenas poder ser livre, mas de possuir os meios (saúde, moradia, saneamento básico, alimentação, trabalho, assistência, segurança, previdência, lazer, bem-estar etc.) necessários para usufruir da liberdade.

O Estado deve assegurar à coletividade que viva sem enfermidades, que se cure delas e que delas se proteja. O Estado tem agido assim desde 2020, quando configurada a pandemia no Brasil. A legislação assegura a vacinação de todos(as), assim como obriga as pessoas que se vacinem. Trata-se tanto de um direito quanto de um dever. Não se vacinar pode ser constitucionalmente aceito? O Supremo Tribunal Federal entendeu que não. É que o dano se estende não apenas no âmbito laboral, vai além: expande seus efeitos para toda a comunidade. Assim, verifica-se positiva a hipótese apresentada no introito desta pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>. Acesso em: 08 fev. 2024.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, Paraíba, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/201/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 09 fev. 2024.

ALEXY, Robert. Princípios formais. 2022. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 7 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOROWSKI, Martin. Discricionariedade na ponderação na Alemanha e na Convenção Europeia. 2022. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy**. São Paulo: Marcial Pons, 2022.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colômbia: Universidad de Externado, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 01 maio 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 30 out. 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm#:~:text=LEI%20No%206.259%2C%20DE%2030%20DE%20OUTUBRO%20DE%201975.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20das,doen%C3%A7as%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 06 fev. 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 17 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586 Distrito Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação Compulsória contra a Covid-19 prevista na Lei 13.979/2020. [...] Proteção da Coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito Social à Saúde. Proibição de Vacinação Forçada [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p. 1-222, 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.587 Distrito Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação Compulsória contra a Covid-19 prevista na Lei 13.979/2020. [...] Proteção da Coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito Social à Saúde. Proibição de Vacinação Forçada [...]. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p. 1-231, 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517731>. Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879 São Paulo. 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. Recorrentes: A.C.P.C. e Outro(a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p. 1-6, 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Ação Trabalhista - Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472. Sentença. 2. Vara do Trabalho de São Caetano do Sul. Reclamante: Cristiane Aparecida Pedroso. Reclamada: Guima-Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda. Relatora: Juíza Isabela Parelli Haddad Flaitt, 11 de maio de 2021. **Lex**: jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região, São Caetano do Sul, São Paulo, p. 1-17, 2021a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trabalhadora-negou-vacina-dispensada.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472. Acórdão. 2. Vara do Trabalho de São Caetano do Sul. Recorrente: Cristiane Aparecida Pedroso. Recorrido: Guima-Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda. Relator: Des. Roberto Barros da Silva, 19 de julho de 2021. **Lex:** jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região, São Caetano do Sul, São Paulo, p. 1-8, 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/1000122-2420215020472.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018.

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.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, ago. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003. Acesso em: 20 fev. 2024.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991.

NEIVA, Horacio. **Aula Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo**. YouTube: Esa Piauí, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XPl1Gig6nU8>. Acesso em: 20 fev. 2024.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

PULLIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y derechos fundamentales**. Colombia: Universidad de Externado, 2014.

RODRIGUES, Maurício Pallotta. **Vacinação obrigatória dos empregados: a justa causa, o STF e a LGPD**. São Paulo: Consultor Jurídico (Conjur), 2021.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/pallota-vacinacao-obrigatoria-justa-causa-stf-lgpd>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 165-186, 2008.

SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. 2011. *In*: SIECKMANN, Jan-R. **La teoría principialista de los derechos fundamentales**. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

TOSI, Giuseppe. **10 lições sobre Bobbio**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

RECEBIDO EM: 26/02/2024

APROVADO POR DUPLA REVISÃO CEGA EM: 09/05/2024