



A (IN)APLICABILIDADE DA JUSTA CAUSA AO EMPREGADO EM CASO DE RECUSA IMOTIVADA A VACINA CONTRA COVID-19

JOHNATHAN DE JESUS RODRIGUES PINTO

Advogado

johnathanrodriguesadv@gmail.com

pós-graduando em advocacia cível pela faculdade do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

RESUMO: Este trabalho tem por finalidade verificar os aspectos e reflexos da pandemia da covid-19 e a hipótese de aplicação de justa causa ao empregado que se recusar de forma imotivada a tomar a vacina contra o Coronavírus, colocando em risco a sua saúde e dos demais empregados no ambiente de trabalho. Assim, a problemática suscitada é a aplicação ou não da pena de resolução contratual por justo motivo ao empregado pela negativa de aplicação da vacina. Tal pesquisa é justificada considerando o atual momento em que o mundo passa, onde a pandemia da Covid-19 atinge a todos os ramos e aspectos de nossas vidas, seja nas relações de trabalho, de consumo, de família, como por exemplo. Como percurso metodológico, a presente análise tem como material as fontes bibliográficas de obras do Direito do Trabalho, o entendimento dos Tribunais superiores acerca do tema, bem como alguns artigos científicos. Percebeu-se de acordo com a ordem jurídica brasileira, em especial a aplicação do princípio da legalidade, que não é possível a aplicação da penalidade de justa causa a empregado que se recusar a aplicar a vacina da Covid-19.

PALAVRAS-CHAVES: Justa causa, vacina, Covid-19, princípio da legalidade.

ABSTRACT: The purpose of this work is to verify the aspects and consequences of the covid-19 pandemic and the hypothesis of application of just cause to the employee who unreasonably refuses to take the Coronavirus vaccine, putting his health and that of other employees at risk on the desktop. Thus, the issue raised is the application or not of the penalty of contractual termination for a just reason to the employee for refusing to apply the vaccine. Such research is justified considering the current moment in which the world is passing by, where the Covid-19 pandemic affects all branches and aspects of our lives, whether in work, consumption, family relationships, for example. As a methodological path, this analysis has as material the bibliographic sources of works on Labor Law, the understanding of the Superior Courts on the subject, as well as some scientific articles. It was perceived in accordance with the Brazilian legal system, in particular the application of the principle of legality, that it is not possible to apply the just cause penalty to an employee who refuses to apply the Covid-19 vaccine

KEYWORDS: Labor law, Vaccine, Dismissal, Just cause.

INTRODUÇÃO

A pandemia da covid-19 atinge a todos, isto é notório. O novo coronavírus se disseminou por todo o mundo de forma rápida. Os primeiros casos de covid-19 surgiram na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China. Até então, o mundo não tinha noção do que se tratava este novo vírus e como ele se comportava. Diante deste novo surto de coronavírus a OMS (Organização Mundial da Saúde) foi alertada em 31 de Dezembro de 2019 do quão grave se tratava este vírus que causava até então sintomas como de uma pneumonia.

Neste sentido, em 11 de março de 2020, o novo surto do vírus foi apontado pela OMS como uma pandemia a nível global. Segundo dados da OMS até o dia 12 de fevereiro de 2021 foram confirmados em todo mundo 107.423.526 casos de Covid-19 (ASCOM, 2020). Porém, há aspectos mais complexos a serem analisados diante de todo o contexto no qual passamos. Pois, a pandemia além de trazer problemas graves às pessoas que se infectam, desde sintomas leves até a morte, também afeta vários aspectos da sociedade como por exemplo, a economia, visto que, com a pandemia os indivíduos foram obrigados a adotar um isolamento social para tentar conter a disseminação do vírus, tudo mudou, relações de consumo, relações familiares, etc. Assim, a partir desses efeitos a pandemia afetou diretamente as relações de trabalho.

Recentemente no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 6.586 e 6.587 o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a obrigatoriedade da vacinação é constitucional desde que a mesma seja registrada no órgão de vigilância sanitária, sendo incluída no programa nacional de imunizações, com a sua aplicação obrigatória determinada em lei, e que seja objeto de determinação da União, Estados e Municípios, com base científica (BRASIL, 2020).

De certa forma, tal julgamento causou uma grande discussão entre juristas renomados do Direito do Trabalho. Muitos questionam a recomendação do Ministério Público do Trabalho e Emprego na hipótese de aplicação de justa causa ao empregado que se recusar de forma imotivada a se vacinar contra a covid-19.

Dentro deste contexto, o autor Valente (2020) afirma que deve-se analisar outros aspectos em tempos de pandemia, onde somos bombardeados de informações a respeito da doença, seja por meio da rádio, da televisão, ou até mesmo pelo WhatsApp, pois em tempos de tecnologia, a informação chega muito mais rápido por aplicativos de mensagens, e em razão disso, há pessoas que afirmam que não se vacinarão contra a covid-19, algumas delas por questões filosóficas, religiosas, e até mesmo políticas, e outras que invocam o seu direito individual de liberdade assegurado pela Constituição Federal, não podendo elas serem obrigadas a se vacinarem contra a sua vontade.

1 HIPÓTESE DE JUSTA CAUSA AO EMPREGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto de justa causa no Direito do Trabalho trás o raciocínio do empregador que detém um poder de comando frente ao empregado, pois este é quem investe dinheiro (capital) em determinado ramo jurídico assumindo os risco de se obter ou não os lucros que resultarem de sua escolha, e como contraprestação o empregado recebe seu salário e cumpre com suas obrigações contratuais de trabalho, sendo que o empregador pode intervir diretamente na relação de emprego de acordo com sua liberdade e conveniência, como por exemplo, dando ordens de trabalho ao empregado e orientando-o como executar a prestação de serviço (CASSAR, 2019).

Para a doutrinadora Vólia Bomfim Cassar o poder de comando:

Ihe faculta modificar algumas cláusulas contratuais nos limites da lei – ius variandi, para que o contrato se desenvolva de acordo com os fins perseguidos pela empresa. Desta formar cabe ao empregador determinar as condições em que o trabalho deve se desenvolver, dirigindo a prestação de serviço (CASSAR, 2019, p. 7).

A partir deste poder de comando é que o empregador pode e deve fiscalizar as atividades desempenhadas pelo empregado sob a sua custódia, podendo nos casos em que o empregado não cumprir suas obrigações, aplicar as penalidades em seu contrato de trabalho que são permitidas em lei (ALVERANGA, 2010). Dentro deste contexto é importante destacar o conceito de justa causa no ordenamento jurídico brasileiro, que encontra respaldo no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Pode-se dizer que a justa causa é uma modalidade de ruptura do contrato de trabalho em face do empregado que de forma grosseira pratica uma falta grave, em um rol taxativo que está inserido na CLT, ou quando a lei autorizar esta penalidade.

No âmbito das relações trabalhistas faz se necessário destacar quais os requisitos para aplicação desse instituto. Segundo Ricardo Resende (2020) esses requisitos são divididos em três grupos. Na qual passaremos a analisá-los.

O primeiro requisito relaciona-se à conduta que se pretende censurar. Sendo a tipicidade que é a conduta considerada faltosa e deve ser prevista taxativamente na lei trabalhista. Com efeito, grande parte das hipóteses de justa causa encontra-se

arroladas taxativamente no art. 482 da CLT. Outras, porém, estão também taxativamente previstas em dispositivos esparsos. A gravidade da falta para que tenha aptidão a ensejar a dispensa motivada há de ser muito grave, de forma que não seja mais possível continuar a relação empregatícia. A falta grave acaba por provocar o rompimento da confiança mínima exigível entre as partes na relação de emprego, pelo que a situação se torna insustentável. E a relação entre a falta e o trabalho ainda que se admita a ocorrência de falta grave fora do ambiente de trabalho somente será lícita a punição disciplinar do empregado se a conduta tida por irregular repercutir no cumprimento de suas obrigações contratuais ou, no mínimo, produzir prejuízo ao ambiente de trabalho.

Segundo requisito são subjetivos, que dizem respeito ao envolvimento do empregado com tal conduta. Aqui a autoria é no sentido de que o empregado somente será punido por conduta da qual tenha ao menos participado. Em relação ao dolo ou culpa, o empregado só pode ser punido se agiu, no mínimo, com culpa, assim considerada a conduta decorrente de imperícia, imprudência ou negligência.

E por fim o terceiro requisito que são as circunstâncias relacionadas à conduta adotada pelo empregador, no exercício do poder disciplinar, em face da falta cometida pelo empregado, onde o nexos causal tem que existir por meio de uma conexão entre a conduta do empregado e a pena aplicada. Ao passo em que deve haver a proporcionalidade entre a falta cometida e a punição aplicada. Assim, por exemplo, não é possível demitir motivadamente um empregado por ter chegado 15 minutos atrasado em um único dia, pois, se o empregador nada fala a respeito do atraso, opera-se em tese o perdão tático, exceto se o empregado for advertido, e voltar a reincidir nos atrasos.

Destarte, o empregado que pratica falta grave tem seu contrato de trabalho rompido por meio do “*ope iuris*” (por força do direito) bastando que o empregador declare sua vontade e de ciência ao empregado de sua decisão para que assim esta produza seus efeitos jurídicos em seu contrato de trabalho, ou seja, não existe uma forma especial para se aplicar a justa causa de acordo com a CLT, exceto quando se tratar do empregado estável, pois, de acordo com a lei quando o empregado for estável e cometer falta grave, esta falta deve ser apurada mediante inquérito judicial para rescisão do seu contrato de trabalho (ALBUQUERQUE, 2015).

Conseqüentemente, a doutrina majoritária e a jurisprudência de Resende segue o entendimento de que para aplicação de justa causa, deve se observar dois requisitos para se tornar legítimo a dispensa do empregado: I - A gravidade da falta, e apreciação da gravidade tem que ser tão grave que torne insuportável a relação de emprego, não sendo possível mantê-la, assim como a apreciação dela deverá ser analisada de acordo com cada caso concreto, levando em consideração a intenção do empregado, personalidade e os fatos que o levaram a cometer tal falta grave. II - Proporcionalidade entre a falta e a punição: A regra geral é que as faltas leves sejam aplicadas em uma pena ténue, já para as mais graves logicamente será aplicada a pena mais severa (RESENDE, 2020).

Assim, destaca-se que em nosso ordenamento jurídico só existem três punições permitidas pela jurisprudência e a doutrina: advertência, suspensão e justa causa.

Dessa forma, não podemos deixar de mencionar que a justa causa é aplicada aos empregados, nas hipóteses em que se verifica o cometimento de faltas graves em decorrência das quais ocorre a quebra da fídúcia e da boa-fé referente à manutenção do contrato de trabalho. Pois, a confiança é essencial na relação de emprego entre empregado e empregador, e espera-se também que a boa-fé esteja presente no âmbito das relações trabalhistas, visto que, a boa-fé presume-se que todos devem se comportar de acordo com um padrão ético de confiança e moral que espera de todo o ser humano, sendo que a boa-fé deve estar presente no início, meio e fim do contrato de trabalho (FONSECA, 2021).

A título de exemplo vale pontuar o trecho de uma sentença do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região para exemplificar como Juízes do Trabalho têm aplicado o instituto da justa causa em processos trabalhistas:

A rescisão contratual por justa causa consubstancia a penalidade máxima aplicável ao trabalhador e encontra amparo, predominantemente, no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. A doutrina e a jurisprudência têm fixado alguns requisitos circunstanciais a serem observados para legitimar a dispensa obreira, dentre eles: a imediatividade entre o fato e a punição e a proporcionalidade entre a falta e a sanção. Além disso, saliento que à luz do princípio da continuidade da relação de emprego, há uma presunção favorável ao empregado no sentido de que a rescisão contratual tenha ocorrido por iniciativa patronal imotivada. Assim, o ônus da prova neste particular recai sobre o empregador, como, aliás, depreende-se da norma contida no artigo 334, IV, do CPC (BRASIL, 2020).

2 A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NA ATUALIDADE

Antes de abordarmos o aspecto central deste trabalho, faz-se necessário fazer um retrospecto da pandemia da Covid-19 até o presente momento. De acordo com a Organização Pan Americana da Saúde junto da Organização Mundial da Saúde o histórico da pandemia do novo coronavírus:

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de um novo coronavírus que nunca antes tinha sido visto em seres humanos. Em todo o mundo sete coronavírus humanos (HCoV) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse último é o responsável por causar a doença COVID-19. Em meados de Janeiro de Janeiro de 2020, mais precisamente dia 30 a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. A ESPII é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), “ um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata (OMS, 2020).

Passados essas informações iniciais acerca da pandemia, entende-se que o mundo por meio da medicina travava uma verdadeira batalha contra o coronavírus, a fim de estudar o seu comportamento, quais os sintomas que ele causava e como combatê-lo. Aos poucos a OMS foi encontrando respostas para algumas das principais perguntas sobre a pandemia. Descobriu-se então, que o distanciamento e o uso de máscara freava a disseminação da Covid-19.

Estudos concluíram que o vírus possuía quatro tipos de grupos, logo o Ministério da Saúde assim os definiu: os que pertencem aos assintomáticos que são aqueles que possuem ausência de sintomas da covid-19, enquanto os casos leves os sintomas são de tosse, dor de garganta ou coriza, seguido ou não de anosmia, ageusia, diarreia, dor abdominal, febre, calafrios, mialgia, fadiga e/ou cefaleia, já os casos moderados se enquadram nos sintomas de tosse persistente e febre persistente diária, até sinais de piora progressiva de outro sintoma relacionado à Covid-19

(adinamia, prostração, hiporexia, diarreia), além da presença de pneumonia sem sinais ou sintomas de gravidade. E por fim o mais grave de todos os grupos estão os sintomas da síndrome respiratória aguda grave (Síndrome Gripal que apresente dispneia/desconforto respiratório ou pressão persistente no tórax e geralmente saturação de oxigênio menor que 95% em ar ambiente ou coloração azulada de lábios ou rosto) (ALERTA CORONAVÍRUS, 2021).

Nas crianças, os principais sintomas incluem taquipneia (maior ou igual a 70 rpm para menores de 1 ano e maior ou igual a 50 rpm para crianças maiores que 1 ano), hipoxemia, desconforto respiratório, alteração da consciência, desidratação, dificuldade para se alimentar, lesão miocárdica, elevação de enzimas hepáticas, disfunção da coagulação, rabdomiólise, cianose central ou SpO₂ <90-92% em repouso e ar ambiente, letargia, convulsões, dificuldade de alimentação/recusa alimentar (ALERTA CORONAVÍRUS, 2021).

Importante destacar que por estarmos diante de uma pandemia na qual já ceifou a vida de milhões de pessoas com o surto da doença, foi necessário adotarmos medidas de enfrentamento a pandemia, cabendo ao poder público junto aos órgãos da saúde obedecer às diretrizes da OMS para o enfrentamento do vírus.

Diante disso alguns doutrinadores e professores escreveram artigos abordando a importância de se seguir as orientações da Organização Mundial da Saúde no enfrentamento a pandemia.

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Aulus Eduardo Teixeira de Souza em seu artigo abordaram esse tema, na qual escreverem a importância de seguir os protocolos determinado pela OMS, vejamos:

Dentre as medidas impostas, estão o isolamento social, a quarentena, bem como a limitação de liberdades e garantias fundamentais e, nesse entendimento, emerge o alerta acerca dos riscos de ações autoritárias tendentes a cristalização no tempo, devido a supressão ou flexibilização das liberdades individuais a bem do interesse coletivo, cuja natureza constrangedora promove o cumprimento das medidas ali estabelecidas (SOUZA TEXEIRA; SOUZA ANTUNES, 2021).

Diante desse contexto da pandemia e sabendo da importância de seguir o que fora determinado pela Organização Mundial da Saúde. Ressalta-se que o Brasil não seguiu as determinações da OMS com seriedade e responsabilidade, ora a própria

União comandada pelo (chefe do executivo) o Presidente da República, por meio da Advocacia Geral da União (AGU), com supervisão do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra as medidas de isolamento social adotadas por governadores e prefeitos do Brasil e questionando a constitucionalidade dos decretos editados por estes bem como o toque de recolher.

De certa forma esse discurso contra as medidas de isolamento na pandemia acabou atrapalhando o combate da mesma, não foram poucas as vezes que o chefe do poder executivo falou a respeito do uso de máscaras, incitou a população a burlar as medidas de isolamento social, criticou o Lockdown, e criticou o fechamento de atividades consideradas não essenciais (VILELA, 2021).

Até meados do dia 11 de março de 2021 o Brasil se tornou o epicentro da pandemia no mundo, batendo recordes diários de mortes por dia, hospitais lotados, sem leitos, e até mesmo falta de vagas na UTI para atender os pacientes mais graves da doença; o país infelizmente entrou em colapso na saúde, a exemplo deste colapso temos o estado do Amazonas que chegou a faltar oxigênio para pacientes que estavam em estado crítico da Covid-19.

Enquanto no Brasil a pandemia entrava no momento mais crítico desde o início, outros países começaram a encontrar novas variantes do vírus. Em janeiro de 2021 a Organização Pan-Americana da Saúde pediu reforço na vigilância, investigação de surtos e rastreamento de contatos de pessoas infectadas pela nova variante. Em seu site oficial a OPAS chegou a fazer um alerta a OMS a respeito das novas variantes:

“Washington, D.C., 28 de janeiro de 2021 (OPAS) – Três novas variantes do vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19, foram detectadas em 14 países das Américas, o que gera preocupações sobre a possível maior propagação e gravidade dos casos de COVID -19 na região. Esse informe foi publicado pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) em sua mais recente Atualização Epidemiológica. Os países são: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Cuba, Equador, Estados Unidos da América, Jamaica, México, Panamá, Peru, República Dominicana, Santa Lucia e Trindade e Tobago “As mutações são esperadas como parte da propagação de qualquer vírus”, disse Sylvain Aldighieri, gerente de incidentes da OPAS. “É por isso que pedimos às autoridades nacionais e locais que continuem fortalecendo as atividades voltadas para o controle da doença, incluindo o monitoramento de perto da COVID-19. São necessárias a vigilância epidemiológica, incorporando vigilância genômica regional ampliada, investigação de surtos e rastreamento de contatos. Quando apropriado, o ajuste das medidas sociais e de saúde pública também é importante para reduzir a transmissão”. A atualização da



OPAS destaca que “recentemente foi documentado que as pessoas infectadas com a variante VOC 202012/01 têm um risco maior de morrer do que as infectadas com outras variantes. Estudos preliminares sugerem que a variante 501Y.V2 está associada a uma carga viral mais elevada, o que pode sugerir um potencial maior de transmissibilidade”. Em referência às duas variantes detectadas recentemente no Reino Unido e na África do Sul, Aldighieri observou que nenhuma transmissão comunitária parece ter ocorrido na região das Américas até agora. Os casos parecem ser limitados, por enquanto, a pessoas que viajam partindo dos dois países ou estão conectadas a pessoas que partem desses países. A terceira variante, detectada no estado do Amazonas, Brasil, é mais prevalente em nível local. Pesquisadores sugeriram recentemente um nexo de causalidade com o aumento de internações observado nas últimas semanas em Manaus, “mas ainda é cedo para tirar conclusões sobre a intensidade da associação entre o aparecimento da variante e a dinâmica recente de transmissão”, afirmou Aldighieri (CONASS, 2020, p.1).

Como se pode observar o país entrou em colapso na saúde na pandemia por conta de diversos fatores, na qual destaco o mais agravante que foi a da população brasileira não seguir a orientação da OMS, o relaxamento ao uso de máscara, e desrespeito ao distanciamento social, e atividades consideradas não essenciais que foram de certa forma autorizadas a funcionar normalmente, onde pessoas se aglomeravam em bares, shoppings, casas noturnas etc., e isto contribuiu para o aumento crescente da pandemia, tornando a segunda onda do vírus muito mais grave comparado ao início em 2020.

De um lado a pandemia atingia o pico de casos no Brasil, com a segunda onda da doença, e de outros cientistas de todo o mundo estavam em busca de uma imunização por meio de uma vacina que pudesse ser aplicada nas pessoas para conter a fase mais grave da doença. Com isso foi sendo desenvolvido no mundo diversos estudos e testes acerca de uma vacina que pudesse combater a covid-19, e aos poucos foram surgindo as vacinas, inclusive uma delas produzida pelo Instituto Butantan no Brasil, que posteriormente foi chamada de CoronaVac.

Em janeiro de 2021 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) aprovou por unanimidade, o uso emergencial das vacinas CoronaVac e da Universidade de Oxford contra a Covid-19 (BRASIL, 2020). Para os cientistas a imunidade com a vacinação leva algum tempo para se estabelecer. Portanto, mesmo vacinado, a OMS orienta as pessoas ainda a usarem a máscara, mantendo ainda o distanciamento social e higienizando as mãos até que ocorra a vacinação em massa das pessoas.

3 IMPUTAÇÃO DE JUSTA CAUSA AO EMPREGADO QUE SE RECUSAR DE FORMA IMOTIVADA A TOMAR A VACINA CONTRA A COVID 19

Conforme mencionado anteriormente à justa causa é aplicada dentro da legislação trabalhista em um rol taxativo dentro da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT. A pandemia do novo Coronavírus fez com que o Ministério Público do Trabalho - MPT publicasse um guia técnico a respeito da obrigatoriedade da vacina no âmbito das relações de trabalho. Segundo consta no guia do Ministério Público do Trabalho:

“... X - Diante da recusa, a princípio injustificada, deverá o empregador verificar as medidas para esclarecimento do trabalhador, fornecendo todas as informações necessárias para elucidação a respeito do procedimento de vacinação e das consequências jurídicas da recusa;

XI - Persistindo a recusa injustificada, o trabalhador deverá ser afastado do ambiente de trabalho, sob pena de colocar em risco a imunização coletiva, e o empregador poderá aplicar sanções disciplinares, inclusive a despedida por justa causa, como última ratio, com fundamento no artigo 482, h, combinado com art. 158, II, parágrafo único, alínea "a", pois deve-se observar o interesse público, já que o valor maior a ser tutelado é a proteção da coletividade. Todavia, é necessário que a empresa não utilize, como primeira medida para obter a anuência com a vacinação, a possibilidade de despedida por justa causa, pois existe um dever do empregador de ministrar aos empregados informações sobre saúde e segurança do trabalho e sobre a aprovação da vacina pela Anvisa. Ademais, há um dever de proporcionalidade na aplicação de penalidades, dentro do poder disciplinar do empregador, e de compreensão do contexto intelectual e psicológico do trabalhador em face das informações falsas (Fake News) que têm circulado na sociedade. Desse modo, se houver recusa do empregado à vacinação, a empresa não deve utilizar, de imediato a pena máxima ou qualquer outra penalidade, sem antes informar ao trabalhador a importância do ato de vacinação e as consequências da sua recusa, propiciando-lhe atendimento médico ou psicológico, com esclarecimentos sobre a vacina (GT, 2021, p. 63-64).

Diante desta orientação dado pelo MPT começou a surgir questionamentos quanto à aplicação desta penalidade nas relações de trabalho, e sua constitucionalidade. Pode o empregador demitir o empregado por justa causa, se este se recusar de forma imotivada a tomar a vacina contra a covid-19? Até que ponto que essa imposição de obrigatoriedade é constitucional? Passaremos a analisar esse viés do aspecto constitucional e da seara trabalhista.

Segundo a recomendação do MPT seria possível aplicar a justa causa em ultima ratio (última hipótese) com fundamento no artigo 482, alínea h, cumulado como artigo 158, II, parágrafo único, alínea "a" da CLT, sob a alegação de insubordinação

e ato de indisciplina por parte do empregado. Para entendermos melhor a insubordinação e ato de indisciplina, é necessário conceitua-los.

Para o professor Ricardo Resende a insubordinação e ato de indisciplina são considerados como: Indisciplina que se trata do descumprimento de ordens gerais, emanadas em relação a todos os empregados da empresa. Tais ordens podem decorrer de qualquer meio, desde a própria lei (que ordena que o empregado utilize os equipamentos de proteção individual, por exemplo) até disposições contratuais ou regulamentares. Insubordinação, por sua vez, é o descumprimento de ordens individuais. A ordem individual também pode ser veiculada por qualquer meio, mas normalmente é dada verbalmente pelo superior hierárquico (RESENDE, 2020).

No caso da vacinação obrigatória contra a covid aos empregados, estamos diante do dever do empregador em oferecer condições dignas que protejam a saúde, a integridade física e psíquica de todos os empregados (MIGALHAS, 2021).

Deve-se levar em consideração que a recomendação do Ministério Público do Trabalho tem um viés tanto trabalhista como constitucionalista, pois, não se pode deixar de mencionar o meio ambiente do trabalho, e que está recomendação sobre a obrigatoriedade da vacina passa pelo aspecto da saúde da coletividade.

O meio ambiente do trabalho deve ser levado em conta no presente caso, pois, é de responsabilidade do empregador manter um ambiente de trabalho equilibrado e saudável, zelando pela saúde e integridade de seus empregados (SOUZA, 2020). Neste sentido, é possível afirmar que o meio ambiente do trabalho corresponde:

Ao espaço físico no qual são desenvolvidas atividades profissionais produtivas e onde se fazem presentes os agentes físicos, químicos, biológicos, mecânicos, ergonômicos e outros, naturais ou artificiais que, associados ou não, podem desencadear reações biopsicofisiológicas e sociais com repercussões na saúde, na integridade física e na qualidade de vida do trabalhador (GONÇALVES, 2017, p. 15).

Proteger o meio ambiente do trabalho é obrigação do empregador, de forma a proteger os bens jurídicos trazidos pelo empregado quando ele é admitido para integrar a relação de emprego, cita-se a título de exemplo o dever do empregador de zelar pela vida, a saúde do empregado e a capacidade para que o mesmo exerça suas atividades laborais.

Diante disto, cabe ao empregador adotar todas as medidas que estiverem ao seu alcance, no sentido de minimizar a possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho e o desenvolvimento de doenças ocupacionais. A própria legislação trabalhista ressalta a importância do meio ambiente do trabalho, e trás na CLT obrigações que as empresas tem que cumprir para que o meio ambiente do trabalho seja preservado, sendo essas obrigações as de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

De outro giro faz-se necessário ressaltar a importância da responsabilidade do empregado que também deve compor a cadeia de equilíbrio do meio ambiente do trabalho saudável, em especial cumprindo deveres, sendo que a não observância desses deveres pode ensejar em ato faltoso segundo o raciocínio do artigo 158 da CLT, o que reforçaria a tese de justa causa ao empregado que se recusar de forma imotivada a tomar a vacina contra o novo coronavírus, pois o empregado ao se recusar e descumprir uma determinação por parte de seu empregador estaria agindo de forma insubordinada, e colocando em risco sua saúde, e a dos demais colegas de trabalho, pois a vacina segundo a OMS evita que pacientes contaminados evoluam para os casos graves da doença (ALMEIDA, 2021).

Ressalta-se que a questão do meio ambiente do trabalho visa resguardar a integridade física e mental do trabalhador, pois é um direito que decorre da própria Constituição Federal por meio de princípios constitucionais, destaque-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da valorização do trabalho humano, princípio da defesa do meio ambiente, e o mais pertinente dentre esses sem dúvidas o princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (JARDIM, 2015).

No aspecto constitucional temos um conflito de garantias constitucionais, sendo o direito à liberdade de consciência e o direito à vida. O direito à liberdade de consciência encontra proteção na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso VI, que traz a liberdade de consciência do indivíduo como inviolável. Porém, estamos diante de uma pandemia, de um vírus que se instalou no mundo todo e causou a mortes de

milhares de pessoas. Ao passo, que já se encontram disponíveis vacinas que já foram comprovadas cientificamente a sua eficácia no combate ao novo coronavírus. Indaga-se: pode o empregado invocar o seu direito de liberdade de consciência para não se vacinar contra a covid-19, colocando em risco a sua própria integridade física? Até que ponto o direito de liberdade de consciência é maior que o direito à vida?

O direito à vida, em suma é um dos direitos mais importantes que estão elencados no artigo 5º da Carta Magna. Visto que, os demais direitos só existem apenas pelo fato de que dele decorrem todos os demais direitos que possam estar previstos em qualquer legislação (BARROS, 2017)

Seguindo este entendimento a vacina contra a covid-19 seria uma questão de saúde coletiva, tendo em vista, que se uma pessoa não se vacinar, poderá contrair o vírus por não ter imunidade em seu organismo, que por consequência poderá transmitir o vírus a outras pessoas, inclusive no âmbito das relações de trabalho, imaginamos a hipótese de um empregado que se recusa a se vacinar, contrai o vírus, vai para o ambiente de trabalho, contamina algumas pessoas, e vem a óbito posteriormente por ter evoluído a fase grave da doença. Note-se que o que está em discussão é a própria integridade física do trabalhador no ambiente de trabalho, pois, a vacina preserva a saúde da pessoa, impedindo assim a forma mais grave da doença.

Ressalta-se, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se posicionou firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao artigo 196 da Carta Magna, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. E o STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6.586 e 6.587 pacificou o entendimento de que a obrigatoriedade da vacinação contra a covid-19 é constitucional (BRASIL, 2014).

Depreende-se deste entendimento do STF de que a vacina contra a covid-19 é obrigatória, porém, o cidadão não será levado a se vacinar de forma coercitiva, pois exige sempre o consentimento do usuário para se tomar a vacina, porém em caso de recusa a se vacinar, poderá 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 tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, que estas venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, que respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; todas estas 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, 2020).

A respeito desta obrigatoriedade da vacina contra a covid-19, recentemente o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, na 2ª vara do Trabalho de São Caetano do Sul, validou a dispensa por justa causa de uma auxiliar de limpeza que se recusou a ser imunizada contra a covid-19.

A reclamante é uma auxiliar de limpeza que prestava suas atividades laborais em um hospital infantil. No processo ela buscou reverter à justa causa, alegando que não teve oportunidade de explicar sua decisão. Nos autos, porém a reclamada, comprovou ter realizado campanhas sobre a importância da vacinação, em especial para os que atuam em áreas críticas do ambiente hospitalar, e juntou advertência assinada pela trabalhadora por ser recusar a se vacinar contra a Covid-19.

Entendeu ser dever do empregador oferecer condições dignas que protejam a saúde, a integridade física e psíquica de todos os trabalhadores que lhe prestem serviços. E ainda: a liberdade de consciência não deve se sobrepor ao direito à vida. Na decisão da Magistrada ela traz o argumento de que a necessidade de se proteger a saúde dos trabalhadores sobrepõe-se ao direito individual da pessoa. No processo, a trabalhadora não apresentou qualquer motivo, ainda que médico, para justificar a recusa à vacina (BRASIL, 2021).

De acordo com a Magistrada, a empresa cumpriu com sua obrigação de informar seus empregados sobre como se proteger e evitar possíveis transmissões da doença e, citando um pneumologista especialista no assunto, afirmou que a vacina é a única e perfeita solução de controle de uma epidemia do porte da covid-19.

Para fundamentar sua decisão, trouxe também o entendimento do STF, que considerou válida a vacinação obrigatória disposta no artigo 3º da lei 13.979/20 (ADIs

6.586 e 6.587 e ARE 1.267.897), além de mencionar guia técnico do MPT sobre a vacinação de covid-19, que prevê a aplicação de justa causa em última ratio.

Em sentido contrário de todas as informações debatidas até aqui, não podemos deixar de mencionar um dos princípios basilares do ordenamento jurídico Brasileiro, o princípio da legalidade que se encontra no rol do artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, pois a demissão por justa causa em caso de recusa imotivada a vacina contra a covid-19, sem dúvidas passa pelo aspecto constitucional da legalidade.

Para o professor e ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, o princípio da legalidade, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado (MARTINS, 2016).

Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois é expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei (FOLETTTO, 2021). Para o doutrinador Sylvio Motta o princípio da legalidade na verdade é um freio de atuação do Estado, vejamos:

O Princípio da Legalidade é o alicerce do Estado de Direito. Por um lado, seria entendido como uma variação do direito à liberdade, visto que a confere expressamente, conforme preconiza Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem” (Del’Esprit des Lois, Livro II, Cap. 3). Desse modo, apenas as leis podem circunscrever e limitar a liberdade. Por outro lado, existem aqueles que enxergam aqui uma variação do direito à segurança, posto que a autoridade pública só pode exigir que o cidadão pague ou deixe de pagar, faça ou deixe de fazer, aquilo que está expresso em lei anterior. Desta forma se protege o indivíduo de eventuais desvios de finalidade e/ou excessos de poder da Administração Pública, que são as duas formas do abuso de poder. Como consequência imediata, temos que o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza, ao passo que ao particular é dado fazer tudo que a lei não proíbe (MOTTA, 2020, p. 239).

Como se pode observar o princípio da legalidade funciona como um alicerce no Estado democrático de direito, haja vista que o cidadão só pode fazer algo ou deixar de fazer somente em virtude de lei. E no caso da pandemia da covid-19, a rescisão por justa causa a quem se recusar a vacina, acaba colidindo com o princípio da legalidade, percebam que não há na legislação a hipótese de aplicação desta penalidade, e sim uma recomendação do Ministério Público do Trabalho, até porque para se ter esta hipótese há de ser criada uma lei que preveja esse instituto, devendo passar pelas etapas ou fases do processo legislativo brasileiro: iniciativa, discussão, deliberação (ou votação), sanção ou veto, promulgação, publicação.

Assim, entende-se que não pode simplesmente o empregador demitir um empregado por uma simples recomendação técnica do MPT, sendo certo que não há uma previsão legal na Consolidação das Leis do Trabalho, até mesmo porque o rol do artigo 482 da CLT é um rol estritamente taxativo, e não exemplificativo.

Além disso, para se aplicar a justa causa, existem requisitos temporais e de gravidade para esta penalidade, quais sejam atualidade do ato faltoso, gravidade e proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto no presente artigo, a hipótese de demissão de justa causa por recusa a vacina contra a covid-19 não encontra respaldo jurídico para ser aplicado nas relações de trabalho.

O Direito não é uma ciência estática, diferentemente como ocorrem com as leis da Física, estas não são incontestes, porém há milhares de anos seguimos as mesmas regras, como por exemplo a lei da gravidade, ou a teoria da relatividade, enquanto o direito é uma ciência dinâmica. A todo o momento surgem questões novas no mundo jurídico, pois vivemos em um conjunto de sociedade, onde costumes mudam, valores mudam, opiniões, ou seja, essas interações sociais trazem questões que o Direito não consegue prevê.

Neste caso de situações que não há uma previsão por parte do Direito, não existe uma norma que diga se esta certou o errado, é algo que é sem resposta.

Cabendo aos juristas, ao judiciário, e a própria sociedade em si construírem uma resposta para esta situação que não tem uma resposta fechada ainda.

A pandemia do novo coronavírus é um exemplo disto, uma situação na qual estamos aprendendo a lidar com algo nunca antes visto. Não sabemos ao certo ainda como a pandemia vai afetar as relações de trabalho daqui para frente, na própria CLT não há uma previsão de como lhe dá com essa situação, até mesmo as medidas provisórias que foram feitas de forma totalmente apressada, açodadas e sem uma técnica para tentar dá uma resposta a uma situação que é totalmente atípica, no caso a pandemia.

Talvez em uma nova atualização da CLT, esta preveja uma orientação de como lhe dá com o empregado e seu contrato de trabalho em situação atípica como esta da pandemia da Covid-19, por ora não temos previsão legal para aplicar esta penalidade ao empregado em caso de recusa a vacina contra covid-19.

Neste sentido, a pandemia nos tem feitos buscar saídas diferentes, onde o diálogo entre os participantes (empregado e empregadores) é muito importante, incluindo os que pensam diferente, de forma a compreender os motivos que fundamentam a escolha ou não em aderir a vacina. Cabendo todos nós se reinventarmos para buscar soluções.

REFERÊNCIAS

Albuquerque, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho. Inquérito judicial para apuração de falta grave: procedimento. **Revista JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42473/inquerito-judicial-para-apuracao-de-falta-grave-procedimento> Acesso em: 15 de abril de 2021

ALERTA CORONAVÍRUS. Governo do Estado Mato Grosso do Sul, 2021. Disponível em: https://www.coronavirus.ms.gov.br/?page_id=29. Acesso em: 28 de maio de 2021

ALMEIDA, Lígia Verônica Marrocos. Vacinação contra a covid-19: A recusa do empregado e a polêmica da justa causa. **Revista Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341371/a-recusa-do-empregado-e-a-polemica-da-justa-causa>. Acesso em: 10 de junho de 2021

ALVERENGA, Rúbia Zanotelli. O poder empregatício no contrato de trabalho. **Revista Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-75/o-poder-empregaticio-no-contrato-de-trabalho/ASCOM> SE/ UMA-SUS.



Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus, 2020.

Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 12 março de 2021

BARROS, Wilkson Vasco Francisco Lima. A relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Revista JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54068/a-relacao-entre-os-direitos-fundamentais-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021

BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Ação Trabalhista - Rito Sumaríssimo 1000122-24.2021.5.02.0472, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trabalhadora-negou-vacina-dispensada.pdf> Acesso em: 12 de maio de 2021

BRASIL. **Anvisa aprova por unanimidade uso emergencial das vacinas**. Govbr, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2021/01/anvisa-aprova-por-unanimidade-uso-emergencial-das-vacinas#:~:text=A%20Diretoria%20Colegiada%20da%20Ag%C3%Aancia,Covishield%2C%20produzida%20pela%20farmac%C3%AAutica%20Serum>. Acesso em: 19 de abril de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586**. Relator RICARDO LEWANDOWSKI. Distrito Federal, 16 de dezembro de 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf> . Acesso em: 13 de maio de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional. 2020**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1> Acesso: 05 de junho de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF-AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 8016. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260092/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-801676-pe-stf> Acesso em: 18 de abril de 2021

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho as 2ª Região TRT 2 Recurso Ordinário Trabalhista: ROT 100019-71.2019.5.02.0315. Relatora TANIA BIZARRO. São Paulo, 14 de setembro de 2020. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154081816/recurso-ordinario-trabalhista-rot-1000197120195020315-sp/inteiro-teor-1154081826>. Acesso em: 08 de abril de 2021

CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho**.16. ed. Método.2019

Conselho Nacional de Secretários de Saúde-CONASS. **Três variantes do vírus da COVID-19 foram encontradas em 14 países das Américas**. Disponível em:

<https://www.conass.org.br/tres-variantes-do-virus-da-covid-19-foram-encontradas-em-14-paises-das-americas-informa-opas/>. Acesso em: 24 de abril de 2021

FOLETTTO, Juliana Oliveira. **Princípio da Legalidade como limitador do Poder e Garantidor de Direitos Individuais**. Revista Brasil, 2021. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/rua-pedro-scorsatto/artigos/principio-da-legalidade-como-limitador-do-poder-e-garantidor-de-direitos-individuais->. 5971. Acesso em: 03 de junho 2021. Acesso em 02 julho de 2021

FONSECA, José Geraldo. **Posso rescindir por justa causa um contrato de trabalho suspenso?** Revista Migalhas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345098/posso-rescindir-por-justa-causa-um-contrato-de-trabalho-suspenso>. Acesso em: 12 de março de 2021

Funcionária de hospital recebe justa causa por recusar vacina da covid. Revista Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345492/funcionaria-de-hospital-recebe-justa-causa-por-recusar-vacina-da-covid>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2021

GRUPO DE TRABALHO NACIONAL – GT - COVID – 19. Ministério Público do Trabalho. Brasília, 2021, p. 63-64 Disponível em: https://mpt.mp.br/pqt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2021

GONÇALVES, Danielle Carvalho; GONÇALVES, Isabelle Carvalho; GONÇALVES, Edwar Abreu. **Segurança e saúde no trabalho em 2000 perguntas e respostas**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. Revista Direito Net, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8873/O-direito-fundamental-do-trabalhador-ao-meio-ambiente-de-trabalho-saudavel>. Acesso em: 22 de maio de 2021

MARTINS, Franklin Pereira. O princípio da legalidade tributária e a instituição de tributos. Revista **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54007/o-principio-da-legalidade-tributaria-e-a-instituicao-de-tributos>. Acesso em: 08 de março de 2021

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 29ª ed. Editora Método, 2020
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 09 de junho de 2021

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2020.
SOUZA, Aulus Eduardo Teixeira; SOUZA, Maria Clara da Silva Antunes. **A importância jurídica dos protocolos de governança global para o enfrentamento eficiente de eventos importância mundial, como o COVID-19 (SARS-CoV2)**.

Eduardo Souza advogados associados. Araranguá, 2021, p. 110-101. Disponível em: <https://edsadv.com.br/solucoes-juridicas/>. Acesso em: 15 de abril de 2021

SOUZA, Valdineia Teles de Melo. **O meio ambiente do Trabalho e a Responsabilidade do empregador.** Blog Direito Diário, 2020. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/o-meio-ambiente-do-trabalho-e-a-responsabilidade-do-empregador/>. Acesso em: 02 de maio de 2021

VALENTE, Jonas. **Diante de pandemia, população deve estar alerta sobre notícias falsas.** Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/diante-de-pandemia-populacao-deve-estar-alerta-sobre-noticias-falsas>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021

VILELA, Pedro Rafael. **Bolsonaro: AGU entrou com ação contra restrições nos estados.** Agência Brasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-03/bolsonaro-agu-entrou-com-acao-contra-restricoes-nos-estados> Acesso em: 18 de junho de 2021