

PASSAPORTE SANITÁRIO AO TRABALHADOR: ENTRE A LIBERDADE DE NÃO SE VACINAR E O PODER-DEVER DISCIPLINAR DA EMPRESA

Luiz Antonio Abagge

Tuany Baron

Patrícia Corrêa Gobbi

1. INTRODUÇÃO

A relação de emprego constitui-se como a relação de trabalho de maior relevância e importância ao sistema econômico mundial. Bem por isso, a dimensão do poder, no contrato de trabalho, é, direta e indiretamente, implicada nos contextos democráticos ou autoritários das sociedades em que se inserem. É dizer, a estrutura e dinâmica de poder no interior das empresas, ao passo que recebem determinantes externas, também, ao disciplinarem o corpo de empregados, realiza projeções e gera reflexos sociais.

Até por essa competência disciplinar, é que a função social da empresa impõe que, em contrapartida à consideração especial de que são as elas as entidades empregadoras e produtoras de riquezas, estas adotassem um ambiente jurídico em que, de fato, essa função social fosse admitida pelas próprias empresas e pelo

Luiz Antonio Abagge

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro fundador da Academia Nacional de Direito Desportivo – ANDD, ocupando, atualmente cargo de Vice-Presidente Executivo e Administrativo. Advogado em Curitiba, PR. Contato: luiz@abagge.adv.br

Tuany baron

Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, e Bacharel em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito do Trabalho pela Escola da Magistratura do Paraná e em Políticas Públicas para Igualdade na América Latina pelo Conselho Latino-americano de Ciências Sociais. Advogada em Curitiba, PR. Contato: tuany@abagge.adv.br

Patrícia Corrêa Gobbi

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Especialista em Direito Civil e Contratos Empresariais pela Escola Superior de Advocacia/Universidade Federal do Paraná. Especialista em Processo do Trabalho pela UNIDERP. Advogada em Curitiba, PR. Contato: patricia@abagge.adv.br

ordenamento jurídico, a começar pela garantia da relação de emprego contra a dispensa arbitrária, que perpassa, obviamente pela proporcionalidade do regramento empresarial.

Em que pese a legislação brasileira seja omissa ao tratar de forma específica sobre o regulamento da empresa (remete-se genericamente no art. 391 e art. 144, da CLT e nas Súmulas 72, 77, 84, 87, 92, 97, 186, 288, 313, 326 e 327, do TST), esse é, inegavelmente, fonte do Direito do Trabalho, pois traça normas quanto às condições de trabalho dentro da empresa, que deverá observar diretrizes inclusive quanto ao meio ambiente de trabalho.

Bem por isso que, diante do contexto da pandemia, e da necessidade de retorno das atividades presenciais dos trabalhadores, passou-se a ser discutida a possibilidade da imposição unilateral pelos empregadores da obrigatoriedade de comprovação de vacinação por seus funcionários para manutenção do vínculo de emprego. A corrente contrária a tal imposição a enxerga como cerceamento indevido de direito fundamental de liberdade e autodeterminação dos funcionários quanto aos rumos de sua saúde, apontando essa exigência como ingerência indevida do empregador.

Assim, a Portaria nº 620 de 1º de novembro de 2021, do Ministério do Trabalho e Previdência, estabeleceu, como prática discriminatória, a exigência de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade, determinando, já à partida, no art. 1º que

é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995.

Considerou, ademais, no §2º, do mesmo artigo: “considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação”.

Por sua vez, mais uma vez, a Lei nº 14.311, de 9 de março de 2022, que estabelece as regras de retorno às atividades presenciais pelas empregadas gestantes determinou que a opção pela não vacinação das trabalhadoras deste grupo “é uma expressão do direito fundamental da liberdade de autodeterminação individual, e não poderá ser

imposta à gestante que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela”.

Diante disso, pretende-se no presente trabalho se discutir se a recusa do empregado em se vacinar constitui motivo suficiente para cessar o vínculo.

2. A PANDEMIA DE COVID-19, A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS DESDOBRAMENTOS QUANTO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A concepção clássica dos direitos fundamentais, como mecanismos de contenção e limitação dos poderes estatais (direitos de defesa), mostrou-se insuficiente a partir da segunda metade do século XX, especialmente diante da constatação de que as violações à liberdade individual partiam não só do Estado como também das relações entre particulares, no marco da crise do constitucionalismo liberal.

Avançando ao paradigma do Estado Social de Direito, a própria sociedade, conjuntamente com o Estado, também participa ativamente do exercício de poder, “de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos”¹, mas também das ameaças particulares.

É nesse contexto que assume relevo a assim denominada (e já analisada) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. (...) Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.²

Bem por isso que não é de hoje que o direito fundamental à saúde, e aqui, especificamente, à saúde do trabalhador, tem imposto determinados comportamentos

1 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 396.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 397.

aos empregadores, especificamente em relação ao meio ambiente de trabalho, conforme preconiza a CLT, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e demais normas que regulam a saúde ocupacional. Pelas diretrizes normativas preconizadas em tais diplomas, ainda que de forma geral, depreende-se que no seio de uma pandemia é dever da empresa a utilização do instrumental clínico-epidemiológico para proteção de seus funcionários.

Bem por isso que o Ministério Público do Trabalho destacou que é obrigação do empregador, como componente de tal sistema, não medir esforços para colaborar com o Plano Nacional de Vacinação, tendo em vista ser a vacina, reconhecidamente, uma das medidas eficientes³ para se enfrentar a emergência de saúde pública que tem sido enfrentada:

diante da eficácia horizontal que se reconhece ao direito à saúde, portanto, há duas conclusões inarredáveis: a) as empresas são obrigadas a colaborar com o plano nacional de vacinação; b) os trabalhadores também são obrigados a colaborar com as medidas de saúde e segurança do trabalho preconizadas pelas empresas, que devem incluir a vacinação como estratégia do enfrentamento da COVID - 19 no ambiente de trabalho.⁴

Para mais, cumpre destacar que a empresa, tendo à sua disposição desdobramento da esfera de poder que outrora incumbia tão somente ao Estado (poder disciplinar), em tema de proteção aos direitos fundamentais, “relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais - em se tratando de detentores de poder social - será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais”⁵, sendo, portanto, impositiva a exigência de apresentação de comprovação de vacinação pela empresa.

Assim, a eficácia horizontal, dessumida do direito à saúde, impõe a ponderação

3 Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (...) III - determinação de realização compulsória de: (...) d) vacinação e outras medidas profiláticas;”

4 MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 400.

dos valores individuais com o valor social de mais alta envergadura (como é o controle epidemiológico da pandemia COVID - 19 e a salvaguarda da vida e da saúde humanas) e possibilita que se conclua que, salvo situações excepcionais e plenamente justificadas (v.g., alergia aos componentes da vacina, contraindicação médica), não há direito individual do trabalhador a se opor à vacinação prevista como uma das ações de controle no PCMSO da empresa, desde que a vacina esteja aprovada pelo órgão competente e esteja prevista no plano nacional de vacinação.⁶

Não se está a defender aqui, assim, a vacinação forçada, que foi rechaçada pelo STF (ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.879), mas o exercício do poder diretivo para fiscalizar, disciplinar e, eventualmente, punir empregados que se recusam à vacinação obrigatória. Veja-se, que tal imposição, na esfera trabalhista, no setor educacional, por exemplo, já se encontra vigente há mais de 17 anos, por meio do art. 5º, §5º, da Portaria nº 597/2004, do Ministério da Saúde⁷, não sendo, em absoluto, uma novidade no ordenamento a ensejar qualquer cogitação de discriminação. Até porque a empresa não pode ser tida como seguradora universal de seus empregados, e por isso, também, em contrapartida, tem o dever de fornecer os mecanismos de proteção e informação aos seus funcionários.

Para além disso, também cumpre destacar a aplicabilidade da função social do contrato de emprego, que neste contexto ganha relevo. Isso porque, apesar do Direito do Trabalho possuir um microssistema comandado pela Consolidação, não se trata de um universo impermeável, alheio a influências de outros microssistemas. Assim, a função social do contrato prevista no diploma civilista “é construção jurídica que se remodela para vincular os mais essenciais interesses da coletividade. Também o contrato de emprego se insere no projeto coletivo de vinculação das relações jurídico privadas à promoção dos direitos fundamentais”⁸. Por isso,

A estratégia de vacinação é uma ferramenta de ação coletiva, mas cuja efetividade

6 MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

7 “Art. 5º Deverá ser concedido prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do atestado de vacinação, nos casos em que ocorrer a inexistência deste ou quando forem apresentados de forma desatualizada. (...) 5º Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.”

8 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Função Social do Contrato de emprego. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

só será alcançada com a adesão individual. A vontade individual, por sua vez, não pode se sobrepor ao interesse coletivo, sob pena de se colocar em risco não apenas o grupo de trabalhadores em contato direto com pessoas infectadas no meio ambiente do trabalho, mas toda a sociedade. Acrescente-se que o art. 8º da CLT determina, *ipsis litteris*, que: “que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.⁹

Outro ponto relevante a ser destacado sobre a vacinação para prevenção do contágio pelo coronavírus, é que por decisão Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se pela constitucionalidade da exigência e compulsoriedade quanto à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.

De acordo com a citada decisão do Supremo Tribunal Federal, são requisitos para a exigência/obrigatoriedade da vacinação: (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.

Portanto, tendo a vacinação do covid-19 cumprido todas essas exigências,

Não há justificativas para a não inclusão das vacinas como uma das medidas de proteção coletiva e de vigilância epidemiológica integrantes do PCMSO. Assim, as empresas devem prever no PCMSO a obrigação de proporcionar aos seus empregados o acesso às vacinas, seja encaminhando-os à rede pública de saúde, seja prevendo programas de imunização no âmbito das empresas, em parceria com redes privadas de vacinação, se e quando permitida a aquisição. Logo, por questão de saúde pública e por responsabilidade empresarial, a inclusão do programa de vacinação no PCMSO corrobora e reafirma a sua obrigatoriedade para os empregados, como são também obrigados os empregados a se submeterem a testes e exames médicos previstos no PCMSO, bem como adotar as medidas de saúde e segurança do trabalho prevista no PPRA.¹⁰

9 MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

10 MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

3. A INSTITUIÇÃO DA DISPENSA MOTIVADA AOS TRABALHADORES NÃO VACINADOS

Como sabido, a justa causa é todo ato faltoso do empregado que faz desaparecer a confiança e a boa-fé existentes entre as partes, tornando indesejável o prosseguimento da relação empregatícia. Os atos faltosos do empregado que justificam a rescisão do contrato pelo empregador tanto podem referir-se às obrigações contratuais como também à conduta pessoal do empregado que possa refletir na relação contratual.

Note-se que na hipótese tratada no presente trabalho, há a possibilidade de enquadramento do trabalhador que injustificadamente rejeita a vacinação nas hipóteses da alínea h, do art. 482, da CLT, a qual elenca a indisciplina e a insubordinação, como causas hábeis a ensejar a demissão por justa causa. Sempre lembrando que tanto na indisciplina como na insubordinação existe atentado a deveres jurídicos assumidos pelo empregado pelo simples fato de sua condição de empregado subordinado. A desobediência a uma ordem específica, verbal ou escrita, constitui ato típico de insubordinação; a desobediência a uma norma genérica constitui ato típico de indisciplina.

Para além disso, veja-se que ultrapassado o prazo expressamente concedido pelo empregador para regularização da situação vacinal, obviamente, por decorrência do regimento da empresa, este trabalhador não poderá frequentar seu posto de trabalho, devendo ser computadas as faltas – que serão injustificadas, frise-se – podendo ser caracterizada a desídia no exercício de suas funções.

Entretanto, algumas balizas devem ser observadas pelo empregador para que, obviamente, não se configure a arbitrariedade na dispensa:

1. Comunicar aos empregados das respectivas exigências e conceder prazo para que comprovem a regularidade da vacinação contra a COVID-19, incluindo todas as doses recomendadas pelo Ministério da Saúde (duas doses ou dose única; e a respectiva dose de reforço).

2. Para aqueles que ainda não completaram o esquema vacinal, deve ser comprovada a data de agendamento das doses faltantes, comprovando-se o cumprimento das datas e prazos de imunização até seu cumprimento integral.

.....
mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-
dagua-2.pdf>.

3. Em caso de recusa à vacinação, sem apresentação de justificativa médica hábil por meio de entrega de Laudo Médico assinado por profissional habilitado, será considerada a ocorrência de falta grave, por violação das determinações legais contidas na Consolidação das Leis do Trabalho - Capítulo V - da Segurança e Medicina do Trabalho.

A orientação do Ministério Público do Trabalho caminha em equivalente sentido, destacando que

Diante de uma pandemia, como a de Covid-19, a vacinação individual é pressuposto para a imunização coletiva e controle da pandemia. Nesse contexto, se houver recusa injustificada do empregado à vacinação, pode-se caracterizar ato faltoso, nos termos da legislação. Todavia, a empresa não deve utilizar, de imediato, a pena máxima ou qualquer outra penalidade, sem antes informar ao trabalhador sobre os benefícios da vacina e a importância da vacinação coletiva, além de propiciar-lhe atendimento médico, com esclarecimentos sobre a eficácia e segurança do imunizante.¹¹

A Justiça do Trabalho vem, corretamente, confirmando as demissões motivadas pela ausência de vacinação. Destaque-se o precedente do TRT-11, que assim considerou:

No que diz respeito à negativa em tomar a vacina contra a Covid-19, este ato deve ser considerado gravíssimo, tendo em vista que o recorrente colocou em risco não apenas a sua saúde e vida como também a de seus colegas de trabalho e de toda a comunidade onde convive, considerando ser público e notório que o vírus da Covid-19 é altamente contagioso e somente a vacina, juntamente com as medidas protetivas indicadas pela Organização Mundial de Saúde são suficientes para combater a pandemia. (...) Ressalte-se que o recorrente negou-se a assinar o “Termo de Recusa de Imunização” apresentado pela reclamada (...), não apresentando qualquer justificativa plausível para a recusa em tomar a vacina. Saliente-se, também, que em seu depoimento (...) o recorrente declarou expressamente “que não tomou vacina até hoje por opção porque o governo não obriga ninguém a tomar vacina”. Nesse contexto, não vejo razão para reformar a sentença de mérito, haja vista que o recorrente descumpriu normas regulamentares atinentes à segurança do trabalho, por negligência, além de faltar inúmeras vezes ao serviço de forma injustificada, bem como negou-se a tomar a vacina contra a Covid-19 sem qualquer motivo justificável, demonstrando ter

11 MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

agido com indisciplina, insubordinação e desídia durante o pacto laboral. Os atos praticados pelo reclamante revestiram-se de gravidade suficiente para ensejar a justa causa.¹²

Em que pese o STF tenha destacado na decisão liminar da ADPF 898, que suspendeu a Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021, do Ministério do Trabalho e Previdência, com ressalva quanto às pessoas que têm expressa contra-indicação médica, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra COVID-19 ou em consenso científico, que nestes casos “o poder de rescindir o contrato de trabalho de um empregado, embora seja uma faculdade do empregador”, sempre exercida com moderação e aplicada como última *ratio*¹³, diante da calamidade pública enfrentada, e da irradiação dos direitos fundamentais ao contrato de emprego, como anteriormente exposto, manifesta-se como um poder-dever do empregador, sob pena desta assumir para si todos os riscos de responsabilização por eventual contágio pela doença.

4. O CASO ESPECIAL DAS GESTANTES E A CRIAÇÃO DE UM CENÁRIO DE INSEGURANÇA JURÍDICA ÀS EMPRESAS

Situação peculiar e de insegurança jurídica às empresas, entretanto, foi gerada com a publicação em 10 de março de 2022, da Lei nº 14.311, de 9 de março de 2022, as gestantes podem ser convocadas a retornar ao trabalho presencial, desde que atendidas certas condições.

A nova lei mantém o afastamento das gestantes não imunizadas contra o coronavírus SARS-Cov-2, possibilitando a alteração ou adaptação de funções, de modo

12 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Acórdão, RO 00001687920215110019. Relator: Solange Maria Santiago Morais. Dj, 2021.

13 “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.” (MPT. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>).

a viabilizar a realização de trabalho em domicílio. Compete ainda ao empregador optar pela manutenção do afastamento das gestantes que estejam realizando suas atividades de forma remota.

Desta forma, salvo se o empregador optar por manter o afastamento da trabalhadora que esteja trabalhando remotamente, a empregada gestante pode ser convocada a retornar ao trabalho presencial, nas seguintes hipóteses: a) Depois de declarado como encerrado do estado de emergência de saúde pública; b) Gestantes com vacinação completa conforme normas do Ministério da Saúde; c) Gestantes não vacinadas, mas que concordarem em assinar um termo de responsabilidade comprometendo-se a cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador.

Convém destacar que o texto original da lei também tratava das gestantes que iniciaram, mas ainda não completaram a imunização, indicando que caso o trabalho realizado fosse incompatível com o chamado “home office”, estas passariam a receber benefício do INSS, em situação enquadrada como gravidez de risco. No entanto, esta parcela da proposição legislativa foi vetada. Assim, essas trabalhadoras devem permanecer afastadas das atividades presenciais até que se complete o esquema vacinal.

Ou seja, com fundamento na nova lei, o empregador pode exigir o retorno às atividades presenciais daquelas gestantes com esquema vacinal completo, conforme normas do Ministério da Saúde.

De outro lado, não pode ser exigido o retorno ao trabalho presencial das gestantes que recusarem a vacinação, haja vista que a assinatura do termo de responsabilidade é uma opção da trabalhadora.

Com efeito, a legislação apresenta ressalva quanto à liberdade destas empregadas em relação à escolha pela vacinação, destacando que “não poderá ser imposta à gestante que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela”.

Nesse sentido, a assinatura do termo mencionado anteriormente não poderá ser imposta à gestante, tampouco, para este grupo de empregadas, poderá ser aplicada falta grave e realizada a dispensa motivada em razão da recusa da vacinação.

Isso porque, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha suspenso a eficácia da Portaria 620/2021 do MTPS, que considera prática discriminatória a

exigência de certificado de vacinação em processos seletivos e a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação do comprovante das vacinas, a nova legislação cria regramento especial às mulheres grávidas, não abrangido pela decisão proferida pelo STF, em caráter liminar, no bojo das ADPF's 898, 900, 901 e 905.

Assim, tendo em vista a insegurança jurídica trazida por esta legislação, contrária ao entendimento que já vem sendo adotado pelos Tribunais quanto à obrigatoriedade da vacinação, é preciso ter especial cautela para solicitação de retorno ao trabalho presencial por tais trabalhadoras. Até porque, as gestantes, mesmo com a cobertura vacinal, ainda fazem parte do grupo de risco. Além do mais, é preciso levar em conta o robusto arsenal normativo (constitucional e infraconstitucional), que tem como objetivo proteger não apenas a empregada, mas também o nascituro.

No mais, para as empregadas grávidas que optarem por não se vacinar, mesmo com a assinatura do referido termo de responsabilidade, é de cautela que as empresas as informem, formalmente, sobre os benefícios da vacina e a importância da vacinação coletiva, além de propiciar-lhe atendimento médico, sempre que possível, com esclarecimentos sobre a eficácia e segurança do imunizante, tendo em vista o direito à informação do trabalhador quanto à sua saúde e segurança do trabalho, nos moldes do recomendado pelo Ministério Público do Trabalho¹⁴, exposto acima.

A despeito da nova permissão legislativa, importante destacar a obrigação legal e constitucional dos empregadores de observância das normas de saúde, proteção e segurança no ambiente de trabalho. Diante disso, considerando o risco potencial de contágio do coronavírus SARS-Cov-2, causador da COVID-19, é necessária que a vacinação seja estabelecida como norma interna obrigatória para retorno destas mulheres ao trabalho, em especial atenção ao princípio da proteção, que determina que as regras empresariais devem ser o mais favorável à gestante, mas sobretudo ao nascituro, a fim de assegurar-lhe condições de desenvolvimento saudável.

Diante disso, apesar da previsão legislativa de assinatura de termo de responsabilidade pela gestante não vacinada, com retorno ao trabalho presencial, tal solução deve ser avaliada com ressalvas pelos empregadores.

Isto porque, mesmo com a adoção dos demais protocolos sanitários, eventual ausência de adoção de medidas preventivas, ou falhas de fiscalização no cumprimento

14 MPT. **Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

das normas de segurança e medicina do trabalho, o risco ao empregador é muito elevado, seja em razão da insegurança jurídica que a nova Lei impõe, seja decorrente da imprevisibilidade em casos de complicações da saúde dessas gestantes por ocasião de eventual contaminação.

Por fim, cumpre destacar que as gestantes que trabalham em locais insalubres se encaixam na regra do art. 394-A, da CLT e, independentemente da pandemia, devem ser transferidas para ambiente salubre, colocadas em trabalho remoto ou à domicílio ou permanecer afastadas, em licença-maternidade estendida.

5. CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto, conclui-se pela ausência de qualquer discriminação ou arbitrariedade na demissão de empregado, com ou sem justa causa, a depender de cada caso, quando a demissão se fundamentar na recusa do trabalhador em vacinar-se. Isso porque, a liberdade individual do empregado em recusar o imunizante não pode se sobrepor ao direito coletivo de todo corpo empresarial em realizar suas atividades em meio ambiente de trabalho seguro, especialmente em virtude do art. 8º da CLT, que determina que “que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

No mais, verificou-se a existência de duas imposições normativas ao empregador que não deixam alternativas senão o dever disciplinar em relação aos funcionários que se recusem a apresentar o chamado “passaporte sanitário”. A primeira delas é a imposição constitucional decorrente da irradiação dos direitos fundamentais – aqui especificamente do direito à saúde –, sobre todo regramento infraconstitucional; e a segunda, decorrente das normas de segurança do trabalho e de um meio ambiente de trabalho adequado.

Obviamente que a dispensa, nestes casos, deverá sempre observar o princípio da boa-fé objetiva (informação, transparência e lealdade quanto a divulgação das regras empresariais), bem como ser precedida de informação ao trabalhador sobre a importância do ato de vacinação e as consequências da sua recusa.

Com efeito, ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico impõe ao empregador a responsabilidade pela manutenção de um ambiente de trabalho hígido, a lei também lhe outorga o poder potestativo-diretivo de seu negócio, que lhe permite definir as

regras a serem observadas por todos no curso da relação de emprego. Sendo assim, a exigência de vacinação como condição de manutenção do vínculo empregatício não apenas é possível e legal, como decorre do exercício regular de direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 14.311**, de 9 de março de 2022. Brasília, DF.

BRASIL. MS. **Portaria nº 597**, de 08 de abril de 2004. Brasília, DF.

BRASIL. MTE. **Portaria nº 620**, de 1º de novembro de 2021. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, ADI 6586. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Dj**. Brasília, 07 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, ADI 6587. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Dj**. Brasília, 07 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, APF 898. Apensas ADFs 900, 901 e 905. Relator: Roberto Barroso. **Dj**. Brasília, 08 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, ARE 1267879. Relator: Roberto Barroso. **Dj**. Brasília, 08 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Acórdão, RO00001687920215110019. Relator: Solange Maria Santiago Moraes. **Dj**, 2021.

MPT. **Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid**. Disponível em: <<https://>

mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função Social do Contrato de emprego**. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.