

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Isméria da Silva Prado

APLICAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA EM CASO DE RECUSA À VACINAÇÃO
POR PARTE DO EMPREGADO

Ouro Preto

2023

Isméria da Silva Prado

APLICAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA EM CASO DE RECUSA À VACINAÇÃO
POR PARTE DO EMPREGADO

Monografia Jurídica apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal de Ouro Preto,
como requisito parcial de aprovação na
disciplina de Monografia Jurídica (DIR 685).

Orientação: Prof. Dr. Amauri César Alves.

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

Isméria da Silva Prado

APLICAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA EM CASO DE RECUSA À VACINAÇÃO POR PARTE DO EMPREGADO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 29 de março de 2023

Membros da banca

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves - Orientador - Universidade Federal de Ouro Preto
Profa. Dra. Juliana Evangelista de Almeida - Universidade Federal de Ouro Preto
Liza Guedes Vilhena Marcachini - Universidade Federal de Ouro Preto

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 02/05/2023



Documento assinado eletronicamente por **Amauri Cesar Alves, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 02/05/2023, às 09:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0517293** e o código CRC **E1D88FFD**.

RESUMO

Este trabalho de monografia, tem como fundamento as relações laborais no Brasil, que vêm enfrentando crises de solução normativa quanto à aplicação ou não da dispensa por justa causa do empregado que se recusa injustificadamente a vacinar-se contra doenças altamente contagiosas, como por exemplo, a COVID-19. Para tanto, será feita uma análise do poder empregatício e seus limites constitucionais, com a apresentação de conceituações e análises jurisprudenciais acerca do tema, bem como suas previsões na Consolidação das Leis Trabalhistas. Serão apresentados conceitos acerca dos direitos da personalidade e suas relações com o contrato de emprego, para que se possa balizar com a ideia que propõe este trabalho, que é a possível aplicação da dispensa por justa causa em caso de recusa de vacinação por parte do empregado. Por fim, seguirá para a tipificação da conduta punível que é o objetivo geral deste trabalho, que concluiu que a recusa injustificada do empregado constitui hipótese de rescisão contratual por justa causa, por caracterizar insubordinação ou indisciplina, considerando a violação do dever de observar e colaborar para a saúde e segurança no ambiente de trabalho, enquadrando-se tecnicamente na hipótese do art. 482, inciso “h”, da CLT.

Palavras-chave: vacinação, direito do trabalho, dignidade da pessoa humana, contrato de trabalho, justa causa, insubordinação.

ABSTRACT

This monograph work is based on labor relations in Brazil, which have been facing crises of normative solution when applying or not the dismissal for just cause of the employee who unjustifiably refuses to be vaccinated against diseases such as COVID-19. Therefore, an analysis of the employment power and its constitutional limits will be made, with the presentation of conceptualizations and jurisprudential analyzes on the subject, as well as its predictions in the Consolidation of Labor Laws. Concepts about personality rights and their relationship with the employment contract will be presented, in order to be guided by the idea proposed in this work, which is the possible application of dismissal for just cause in case of refusal by the employer. Finally, it will proceed to the typification of the punishable conduct that is the general objective of this essay, it will seek to examine whether the unjustified refusal of the employee constitutes a hypothesis of contractual termination for just cause, as it characterizes insubordination or indiscipline, considering the violation of the duty to observe and collaborate for health and safety in the work environment, technically falling under the hypothesis of art. 482, item “h”, of the CLT.

Keywords: vaccination, labor law, human dignity, employment contract, just cause, insubordination.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CF/88 – Constituição Federal de 1988

PNI – Programa Nacional de Imunizações

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional Federal

Sumário

Sumário	7
1. INTRODUÇÃO	8
2. OS PODERES DO EMPREGADOR E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS	9
2.1 Poder Empregatício: diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.....	11
2.2 Limites constitucionais ao Poder Empregatício.....	15
2.3 O poder punitivo do empregador: análise da regra do artigo 482 da CLT na doutrina e na jurisprudência.....	18
3. DIREITO DA PERSONALIDADE E PROTEÇÃO AO CORPO NA RELAÇÃO DE EMPREGO.	26
3.1 Direitos da personalidade na relação de emprego: conceituações e limites.	26
3.2 Direito à saúde do empregado: vertentes individual e coletiva	29
3.3 Direito ou obrigação da vacinação de empregados: doutrina e jurisprudência em construção. .	31
4 APLICAÇÃO DA JUSTA CAUSA AOS EMPREGADOS NÃO VACINADOS.	34
4.1 Compulsoriedade da vacinação e o direito individual à recusa.	34
4.2 Vacinação obrigatória e sua relação com o contrato de emprego.	37
4.3 Aplicação da justa causa: tipificação da conduta punível.	43
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	46

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República prevê a saúde como direito fundamental a todos os cidadãos e que deve se fazer presente em todos os ambientes, seja de trabalho ou não. Nesse sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho preceitua em seu artigo 158, inciso II, que cabe ao empregado colaborar para que sejam efetivamente aplicadas as normas de segurança e medicina do trabalho. Desta forma, expressa está também a obrigação das empresas de cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, e no desrespeito destas adotar medidas necessárias para garantir a segurança de tal estabelecimento.

Com isso, há de se notar que com o advento da pandemia do COVID-19, o mundo passou por uma mudança fundamental na dinâmica social, a qual impôs, até mesmo como meio de sobrevivência e mitigação do impacto social e econômico do vírus, a adoção de medidas de isolamento, uso de máscara, entre outros, sendo o método mais eficaz a vacinação. Com as quedas drásticas da mortalidade pela infecção do vírus, aponta-se que a vacinação é a responsável pela derrubada dos óbitos pela infecção no Brasil, ainda que novos casos de contaminação continuem a aparecer.

Essa relevância da vacinação também afeta as relações de trabalho, visto que, verifica-se uma controvérsia a respeito de a recusa injustificada à vacinação constituirá ou não, falta grave a ponto de deflagrar uma dispensa por justa causa, bem como, se em caso afirmativo, em qual hipótese prevista no rol do artigo 492 da Consolidação das Leis Trabalhistas se enquadraria.

No presente trabalho utilizou-se de metodologia dedutiva, tendo como base o levantamento bibliográfico de forma qualitativa. Nesse sentido, a idealização desta monografia se sustentou por meios de análises doutrinárias, jurisprudenciais trabalhistas e constitucionais, bem como legislações.

Assim, o objetivo desta monografia jurídica é perpassar por conceitos acerca do poder empregatício e suas limitações constitucionais, o que será tratado no primeiro capítulo. Posteriormente, no segundo capítulo serão analisados os aspectos relativos ao direito da personalidade, bem como sua relação com o contrato de emprego. Por fim, no terceiro capítulo será examinado se a recusa injustificada do empregado constitui hipótese de rescisão contratual por justa causa, por caracterizar insubordinação ou indisciplina, considerando a violação do dever de observar e colaborar para a saúde e segurança no ambiente de trabalho, enquadrando-se tecnicamente na hipótese do art. 482, inciso “h”, da CLT.

2. OS PODERES DO EMPREGADOR E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS

Pode-se dizer que o direito do trabalho é um ramo do direito privado que busca regulamentar, fiscalizar, legislar e dispor sobre as relações de trabalho *latu sensu*, não ficando adstrito apenas nas relações entre empregado e empregador, embora seja uma de suas áreas de principal atuação.

Conceitualmente, sob uma vertente subjetiva, pode-se dizer que tal direito busca focar nos sujeitos das relações trabalhistas, das quais destina proteção do sujeito que vende sua força laborativa. Sob a ótica objetiva, temos que o direito do trabalho privilegia as relações de trabalho, sem focar no sujeito. Sob a ótica mista, o direito individual do trabalho é, tal qual preceitua Maurício Godinho Delgado:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2019, p. 50).

E por fim, o direito coletivo do trabalho é composto por:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações (DELGADO, 2020, p. 49)

Feitas tais conceituações, cumpre elucidar que nem toda relação de trabalho é tutelada pelo Estado, visto que não existem vínculos empregatícios em algumas situações, tais como o trabalhador autônomo, o trabalhador eventual, o trabalhador avulso, o servidor público, o cooperado, dentre outros. Desta forma, este trabalho focará apenas na relação de emprego, da qual se retira o conceito no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que dispõe sobre a característica do emprego, prevendo que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, e empregador no artigo 2º da CLT, que prevê “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

A relação de emprego é um fato jurídico que se configura quando uma pessoa física presta serviço a uma outra pessoa, física ou jurídica, de forma subordinada, pessoal, não eventual e onerosa. A grosso modo, temos como relação de emprego, segundo a CLT, a contratação de forma legal, com direitos e deveres tanto do empregado como do empregador. Assim, o empregado fica seguro com o

seu vínculo e só poderá terminar seu contrato por meio de aviso prévio na ocorrência de uma extinção do contrato por prazo indeterminado, unilateralmente pelo empregador, ou, se incorrer em justa causa, rescisão indireta do contrato de trabalho, culpa recíproca e força maior, e, também nas hipóteses de rescisão por acordo mútuo.

Além do foco na relação empregatícia, há de salientar a importância de trazer a conceituação e origens das circunstâncias que podem ocasionar a dispensa por justa causa, que é a rescisão do contrato de trabalho pela execução de atos faltosos e atitudes graves cometidos pelo empregado. Para configurar a sua aplicação deve-se observar os critérios de imediatividade, que consiste em aplicar a punição no momento imediato da ciência do fato; de proporcionalidade, devendo a pena ser proporcional à gravidade do ato faltoso e do *non bis in idem*, que veda a aplicação da pena duas vezes pelo mesmo ato.

A dispensa por justa causa está prevista no artigo 482 da CLT:

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

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

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Necessariamente, será cuidada a análise da alínea “h” que prevê “o ato de indisciplina ou de insubordinação”, dos quais denotam situações em que o empregado deixa de praticar ou pratica atos que estão em desconformidade com as diretrizes gerais ou específicas do trabalho, visto que a isonomia de tratamento que deve imperar no ambiente de trabalho não permite enxergar a vacinação

como uma ordem individual e específica, mas sim como as razões que justificam sua necessidade como de ordem coletiva.

2.1 Poder Empregatício: diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.

A relação de emprego está atrelada, necessariamente, a uma relação de poder, na qual uma parte exerce prerrogativas dada a ela, sobre outras. Portanto, o polo ocupado pelo detentor do capital, qual seja o empregador, exerce esse poder sobre seus empregados, que são a parte hipossuficiente dessa relação. O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, mais conhecido como Consolidação das Leis Trabalhistas, dispõe em seu artigo 2º que o empregador é aquele que “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço¹”. (BRASIL, 1943).

Já a definição de empregado está expressa no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, na qual dispõe que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Nota-se que a definição legal traz a subordinação como uma de suas características, e que, como elucidado anteriormente, para que seja caracterizada a relação de emprego são necessários os requisitos de forma cumulativa. Desta feita, ao focar na subordinação do empregado, temos que tal situação implica que ambos os sujeitos da relação empregatícia não se encontram em condições de igualdade, pois, enquanto um está na posição detentora de capital, ocupando uma posição de vantagem econômica, o outro está em posição de desvantagem, uma vez que vende sua força laborativa em troca de uma remuneração, sujeitando-se assim, ao empregador para conseguir manter a sua subsistência.

Conforme ensina Rodrigo Goldschmidt e Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, isso se origina “em função do desequilíbrio de poderes existentes na relação entre tomador e prestador de trabalho. O patrão, detentor dos meios de produção e do capital, possui certas faculdades que o colocam em posição privilegiada face ao empregado.” (2019, p. 58).

Portanto, este poder próprio da qualidade de empregador, chama-se poder empregatício, que segundo as palavras de Maurício Godinho Delgado, é:

[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (DELGADO, 2019, p. 792).

¹Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Delgado advoga a ideia de que o poder empregatício se manifesta com a junção de outros poderes específicos, que são o poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Além disso, a razão de ser do poder empregatício se justifica na existência de um contrato com previsões de direitos e deveres de ambas as partes, sendo que tais prerrogativas decorrentes da relação de emprego, estão asseguradas ao empregador e decorrentes de um contrato de trabalho válido², e, segundo Delgado:

[...] não há no Direito do Trabalho do País regra ou conjunto de regras que explicitamente instituem e regulamentem o fenômeno do poder no estabelecimento ou na empresa. Essa existência, como visto, deriva da estrutura e dinâmica do próprio contrato de trabalho e do conjunto de prerrogativas a ele inerentes e distribuídas entre as partes contratuais. A legislação atual brasileira, portanto, por vias indiretas ou implícitas é que tende a tratar do poder empregatício, estabelecendo ou limitando prerrogativas no contexto intraempresarial. (2019, p. 807).

Feitas essas considerações, serão sintetizadas as expressões específicas do poder empregatício, conforme a doutrina.

Referente ao poder diretivo³, pode-se dizer que é aquele que está relacionado à própria direção por parte do empregador, que consiste no controle e organização de sua atividade econômica, mas também define as funções a serem desempenhadas pelos empregados, como também a maneira que devem ser realizadas. Além do mais, é esperado que essa prerrogativa esteja atrelada ao modo de atuação dos empregadores, uma vez que, de acordo com a legislação trabalhista, é este que assume os riscos da atividade econômica.

Nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado:

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (2019, p. 786).

Portanto, o poder de organizar encontra-se concentrado na figura do empregador.

O poder regulamentador, em atos práticos, assegura ao empregador a prerrogativa de criar cláusulas obrigacionais de adesão aos empregados, por exemplo. Argumenta Delgado que “Poder regulamentar seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador

²“Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.” (DELGADO, 2019, p. 803)

³A doutrina diverge sobre a natureza do poder diretivo, não havendo, portanto, posicionamento pacífico sobre sua forma de divisão.

dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”. Cuida-se, portanto, da fixação de normas gerais, tais como regulamentos internos e normas procedimentais da empresa.

No entanto, não há possibilidade de criação de normas jurídicas, limitando-as apenas à elaboração de cláusulas contratuais ou atos jurídicos unilaterais. Dessa forma, tal qual preceitua o artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas⁴, no qual vigora o princípio da imperatividade das leis trabalhistas, aqueles atos praticados que contrariem as normas trabalhistas serão nulos.

Assim, conforme se extrai do texto supracitado, não é possível que haja qualquer disposição que contrarie o texto legal, o que resta dizer que, tal qual como já foi mencionado anteriormente e será trabalhado mais adiante, há limites quanto ao exercício deste poder, uma vez que os documentos ou normas regulamentadoras decorrentes da prerrogativa do poder regulamentador, são compostas necessariamente por cláusulas obrigacionais que devem estar em observância com as normas jurídicas, mas sem criá-las⁵.

O poder fiscalizatório permite ao empregador a função de vigiar e fiscalizar a atividade exercida dentro do espaço empresarial. Consiste em um conjunto de direitos destinados a garantir a supervisão contínua da conduta empresarial e a fiscalização efetiva de todo o espaço interno do negócio. Medidas como controles de portaria, revistas, vigilância por vídeo, controles de jornada e frequência, responsabilidade (de funções e ocupações específicas) e outras medidas relacionadas constituem o poder de controle.

Cumprir notar o que Luisa Riva Sanseverino escreve sobre a autonomia deste poder:

Se assim se manifesta a disciplina do poder diretivo, tal poder continua a realizar-se, transformando-se em poder de controle, pela vigilância sobre a efetiva e regular atuação, seja da organização do trabalho estabelecida, seja pelas funções confiadas a cada prestador individualmente. (SANSEVERINO, 1976, p. 207).

Destarte, o poder fiscalizador se caracteriza como uma maneira de garantir a adesão às regras e padrões de negócios estabelecidos, além da própria prestação de serviços para então verificar como as situações estão correndo no cotidiano.

Além do mais, a fim de proteger a liberdade e a dignidade dos trabalhadores, existem regras e princípios gerais que limitam a implementação de atividades de inspeção e controle dentro das empresas que fogem aos direitos da dignidade da pessoa humana, e, nesse sentido a Constituição

⁴Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (BRASIL, 1943).

⁵Não se confunde com cláusulas normativas advindas de acordos coletivos e convenções coletivas.

Federal de 1988 recusou condutas fiscalizatórias prejudiciais aos trabalhadores, por se chocarem com seus preceitos. Tais ações estão em conflito direto com o mundo normativo e os princípios contidos na atual Constituição, que assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...” (Preâmbulo da CF/88). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Já o poder disciplinar, um dos mais polêmicos na relação empregatícia, se refere à possibilidade de o empregador impor sanções aos seus empregados pelo descumprimento de obrigações contratuais, inclusive pelo desrespeito ao poder regulamentar.

Assim dispõe Maurício Godinho Delgado sobre este poder:

Poder disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais. Embora possa também ser considerado simples dimensão, extensão ou *corolário do poder de direção*, o poder disciplinar tem sido universalmente identificado em seara conceitual própria, em virtude da existência de figuras jurídicas específicas ao exercício desse poder, como, ilustrativamente, as noções de *ilícito trabalhista*, *sanção* e *procedimento punitivo*. Ocorre nessa esfera do poder empregatício o mesmo processo já percebido nas demais manifestações de tal poder. A democratização da sociedade política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevalecente dentro da empresa podem levar a um crescente contingenciamento do poder disciplinar no âmbito da relação de emprego. Desse modo, tal como o poder diretivo (e se se quiser, o regulamentar e o poder de controle), o poder disciplinar também vivenciou um processo de democratização, em especial nas experiências mais consistentes de Democracia no Ocidente. (2019, p. 781).

Os poderes disciplinares são os mais sujeitos a debates judiciais na prática trabalhista, sobretudo quando os empregadores desconhecem os limites dos seus poderes, ou até mesmo, a sua aplicabilidade ou forma de aplicação de sanção, o que pode gerar ações judiciais com os mais diversos pedidos, tais como reversão de justa causa, quando as sanções são impostas de maneiras infundadas.

Em países como o Brasil, onde existe uma tutela jurisdicional por meio da Justiça do Trabalho nas relações empregador-empregado, se mostra cada vez mais importante a busca pela adequada promoção do poder diretivo nas empresas.

Em um mercado predominantemente capitalista, os riscos do negócio são assumidos pela figura do empregador, e o empregado, em regra, executa as atividades previstas no contrato de trabalho para o empregador, mediante uma remuneração. Existe, portanto, uma relação hierárquica, em que ambos possuem direitos e deveres.

No entanto, se extrapolado o poder diretivo do empregador e comprovado abusos de poder, essa relação laboral tem interesse no Direito do Trabalho, que busca auxílio na Constituição Federal

e nos demais valores e princípios que a compõem, para a garantia de uma proteção à parte hipossuficiente.

2.2 Limites constitucionais ao Poder Empregatício.

A Constituição da República Federativa do Brasil, que está em vigor desde 15 de outubro de 1988, instituiu um Estado Democrático de Direito que preza pelas garantias e direitos fundamentais, individuais e coletivas, respeitando a dignidade da pessoa humana como um de seus valores fundamentais.

Entende-se por Estado Democrático de Direito o atual paradigma constitucional, que é um modelo estatal no qual o poder do Estado é limitado pelos direitos dos cidadãos e tem por finalidade reprimir abusos do aparato estatal para com os seus indivíduos. Os direitos fundamentais conferem autonomia e liberdade aos cidadãos nas suas atividades cotidianas e limitam o poder do ente sobre elas. José Afonso da Silva ensina que a dignidade humana foi incluída no rol de fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Brasileira devido ao aviltamento sofrido por diversos cidadãos durante o regime da ditadura militar (DA SILVA, 1998, p. 89-90).

As pessoas são respeitadas porque são humanas e a dignidade nasce disso, devendo a lei concretizar os ideais de justiça e igualdade social, atuando à luz dos princípios e valores inscritos na Constituição. Conforme José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (DA SILVA, 1988, p. 22).

Os princípios e garantias fundamentais são a baliza interpretativa na aplicação do Direito ao caso concreto e isso se reflete fortemente nas relações trabalhistas e na proteção desses direitos pelos agentes estatais.

Direitos Fundamentais é a expressão utilizada para designar o conjunto de direitos da pessoa humana reconhecidos por determinada ordem constitucional. Em suma, são direitos subjetivos com

carga valorativa que almejam a proteção da dignidade da pessoa humana. Se encontram organizados entre os artigos 5º e 17 da Constituição da República de 1988. De acordo com José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.” (1998, p. 92).

E o ramo do direito do trabalho segue essa mesma vertente constitucional, visando o respeito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade do trabalhador brasileiro, com suas principais disposições no caput do art. 5º da Constituição Federal, bem como no artigo 7º, que prevê direitos aos trabalhadores inerentes da relação de trabalho *latu sensu*.

Tendo em vista essas considerações quanto ao direito do trabalho e como já elucidado anteriormente, o empregador possui prerrogativas necessárias ao exercício dessa posição, sendo notório que junto às prerrogativas do empregador também estão as limitações impostas a elas, vez que não se trata de poderes absolutos, fazendo-se necessário advertir desde já que o empregado goza de garantias constitucionais.

Desta feita, a subordinação jurídica que o empregado está sujeito não significa que ele deve conformar-se, indiscriminadamente, às ordens provenientes de seu empregador, que lesionam sua dignidade ou honra, visto que, como qualquer outro controle hierárquico, há limites que carecem de observância e sujeição, sob pena de ter o empregador o ônus de arcar com consequências previstas no ordenamento jurídico.

Por conseguinte, apesar de o poder diretivo ser voltado à atividade empresarial, este não deve e não pode ser exercido de forma absoluta pelo empregador.

Nesse sentido, entende Leda da Silva:

A natureza jurídica do poder diretivo do empregador não tem sido vista pela doutrina como um direito potestativo (significando que contra o seu exercício nada se possa opor), mas com natureza jurídica de direito-função (que limita a amplitude do poder patronal de direção, pela participação dos trabalhadores nas decisões da empresa). (Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p. 267-281, 2006).

Outrossim, deve o empregador observar com cautela o exercício deste poder prestado a ele, não podendo negligenciar direitos dos empregados e sempre estar atento aos limites previstos na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, das legislações trabalhistas e demais previsões legais acerca da relação de emprego previstas no ordenamento brasileiro.

Incumbe elucidar que a relação de trabalho em sua mais pura forma, tem por natureza uma relação de desigualdade entre as partes, quais sejam empregadores e empregados. Não obstante, a Constituição Federal dispõe que o princípio da igualdade é um dos princípios fundamentais que regem a nação brasileira, caso contrário, não seria determinação constitucional construir uma sociedade que visa eliminar as desigualdades nas comunidades e sociedades (Constituição da República, art. 3º, III). Para tanto, o texto constitucional, assim como legislações esparsas, dispõe de garantias fundamentais aos trabalhadores, previstas principalmente em seu artigo 7º, oriundas de princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que limitam e demarcam o poder empregatício e que compensam as desigualdades características da relação de trabalho.

Convém lecionar que a proteção do empregado é a própria essência e razão de ser do direito do trabalho, para isso é necessário esclarecer que este ramo existe necessariamente para coibir o arbítrio de quem detém o poder sobre aqueles que necessitam vender sua força de trabalho para sobreviver. Assim, a Constituição limita o direito de utilização da mão-de-obra ao conceder garantias básicas ao trabalhador, mas também confere ao empregador prerrogativas para que este produza bens e serviços por meio de seu capital, reconhecendo sua função social ao empregar.

Nos ensina Delgado:

Essa solução faz-se por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram a tutela aos direitos de personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro. Essa racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões — diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar —, não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela CF/88. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, CF), colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado — e não acima — do valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, IV). (DELGADO, 2019, p. 839).

Assim, o texto constitucional traz em seu artigo⁶ 7º disposições acerca da relação de trabalho *latu sensu*, assegurando em seu bojo direitos e garantias fundamentais, ao cuidar das melhorias de condições dos trabalhadores ao proteger o empregado da dispensa arbitrária, por exemplo, prevendo indenização em caso de ocorrência. Demonstra-se dessa forma, a interferência estatal nas relações

⁶Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...). (BRASIL, 1988).

que, em princípio, seriam tratadas por particulares, limitando o poder empregatício, uma vez que, as aplicações das normas no direito do trabalho devem observar o princípio da dignidade humana.

Diante disso, o poder empregatício necessita ser observado nos moldes da legalidade e constitucionalidade, concorrente com a principiologia que rege o ordenamento jurídico, sendo assim, contidos, visando a proteção à pessoa do trabalhador contra atentados a sua dignidade.

2.3 O poder punitivo do empregador: análise da regra do artigo 482 da CLT na doutrina e na jurisprudência.

Para a configuração da relação de emprego há necessidade de um contrato⁷ de trabalho, que conforme o artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas⁸, é acordo tácito ou expresso, sendo este instrumento, portanto, fonte da relação empregatícia.

Maurício Godinho Delgado ensina que o contrato de trabalho é celebrado entre duas pessoas, empregado e empregador, podendo ser verbal ou escrito, compostos por obrigações mútuas, dentre as mais ordinárias estão as prestações de serviços por parte do empregado e o pagamento de salário por parte do empregador, sendo, portanto, uma prestação rotineira, em que se devem cumprir como acordado (DELGADO, 2017).

Carlos Henrique Bezerra Leite, em seu livro *Curso de Direito do Trabalho*, elenca características advindas do contrato de trabalho, das quais pode-se dizer que se trata de um contrato imerso nos moldes do direito privado, que é também sinalagmático, comutativo, oneroso, consensual, personalíssimo, informal e de trato sucessivo:

O contrato de trabalho, além de ser de direito privado, porém com excesso de regulamentação legal, é também: bilateral ou sinalagmático- porque contém prestações recíprocas; comutativo - porque a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa. Comutatividade também pode ser entendida como equivalência nas prestações; ' oneroso- impõe ônus e deveres para ambas as partes contratantes. Além disso, o contrato de trabalho jamais poderá ser celebrado a título gratuito; consensual e não real - efetiva-se pela mera manifestação (ainda que tácita) da vontade das partes, não dependendo de entrega de coisa alguma; consensual e não solene - independe da observância de forma especial (salvo os contratos em que a lei exige a forma escrita, como o de artistas, atletas profissionais, aprendizagem, ou impõe alguma formalidade essencial, como ocorre, v. g., na hipótese de investidura em emprego público (CF, art. 37, II), na qual a aprovação prévia em concurso constitui requisito indispensável à validade do contrato de trabalho do servidor); de trato sucessivo ou de execução continuada- não se exaure com o cumprimento de uma única prestação. Aliás, a prestação do trabalho e a obrigação de pagar salário renovam-se mês a mês; de adesão

⁷Conforme doutrina dominante, o contrato possui natureza contratual e apresenta natureza de negócio jurídico, no qual, dada a declaração de vontade bilateral, esta possui efeitos na esfera jurídica.

⁸Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

- porquanto, via de regra, o empregado adere às condições impostas unilateralmente pelo empregador. Na prática, verifica-se que quanto mais baixa a qualificação profissional e formação educativa do empregado mais ele se sujeita à mera adesão ao contrato de trabalho que lhe é apresentado para assinatura pelo empregador. É importante lembrar que, nos termos do art. 423 do CC, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, *in casu*, ao empregado, sendo certo que, de acordo com o art. 424 do referido Código, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente (empregado) a direito resultante da natureza do negócio. Tais normas civilistas são aplicáveis subsidiariamente ao contrato de trabalho (CLT, art. 8º, parágrafo único). (LEITE, 2017)

Assim, as disposições do autor supracitado encontram respaldo no artigo 443, *caput*⁹, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Além do mais, como o foco deste trabalho é a relação empregatícia, imperioso é reaver os pressupostos para a caracterização desta relação, e, destrinchar, ainda que brevemente, cada um de seus pressupostos: trabalho exercido por pessoa física, de caráter não eventual, pessoalidade, subordinação e onerosidade.

O trabalho deve ser exercido por pessoa física natural, dotada de energia produtiva para a realização das atividades, o que significa dizer, que a pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, não faz parte desta relação na condição de empregado, mas tão somente na condição de empregadora. Deve ter natureza não eventual, que é aquele trabalho exercido de forma contínua e ininterrupta, que nada mais é do que a frequência com que o empregado executa seu trabalho em relação ao número de dias em que este poderia ser exigido. Deve ser pessoal, devendo a pessoa contratada exercer as atividades, não podendo se fazer substituir por outra. Deve haver subordinação, que grosseiramente aduz que o empregado deverá exercer seu trabalho sob a dependência do empregador, estando sujeito, juridicamente, às suas ordens. E por fim, deve ser oneroso, o empregado labora para receber remuneração, que é a contraprestação pela venda de sua força laborativa.

A subordinação jurídica, ou melhor, a insubordinação do empregado pode provocar as consequências de umas das prerrogativas advindas do poder punitivo do empregador, qual seja, a dispensa por justa causa. O poder do empregador denominado de poder disciplinar, consiste na faculdade atribuída ao empregador de aplicar penalidades disciplinares aos empregados em situações de descumprimento de regras contidas no contrato de trabalho, regulamento interno e na Legislação.

A dispensa por justa causa é conhecida como a penalidade mais grave inerente ao contrato de trabalho, pois consiste no seu rompimento por causas previstas no artigo 482 da Consolidação das

⁹Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

Leis Trabalhistas. Tais penalidades ou punições disciplinares perpassam pela advertência, em um primeiro momento, pela suspensão que não deve ser superior a 30 dias, conforme preceitua o artigo 472 da CLT e finalmente pela aplicação da justa causa, que é a penalidade máxima.

Pode-se considerar que a advertência é a forma mais leve das punições disciplinares, possuindo caráter de comunicação ao empregado sobre o seu comportamento que gerou as desconformidades com os comandos gerais do local de trabalho ou de algum dispositivo legal.

Já a suspensão, consiste em uma medida mais moderada, aplicada quando se trata de falta de gravidade média, não chegando ao ponto de ensejar a justa causa. Trata-se, portanto, de uma suspensão do contrato de trabalho, por um período não superior a 30 dias consecutivos, havendo prejuízo do recebimento de salário e da contagem do tempo de serviço.

Por fim, a justa causa, a penalidade máxima aplicada pelo empregador ao empregado no contexto da relação jurídica de emprego está prevista no artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

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

- a) ato de improbidade;
 - b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
 - c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
 - d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
 - e) desídia no desempenho das respectivas funções;
 - f) embriaguez habitual ou em serviço;
 - g) violação de segredo da empresa;
 - h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
 - 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.
- Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Cumpre elucidar que há outros dispositivos que mencionam a justa causa no ordenamento jurídico brasileiro, mas por ora será tratado neste trabalho apenas o artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

A justa causa deve ser tipificada em lei, devendo o ato faltoso do empregado estar enquadrado em uma das hipóteses do artigo 482 da CLT ou em outras legislações específicas.

O jurista Gustavo Filipe Barbosa Garcia, assim define:

As hipóteses de justa causa estão estabelecidas em lei, como já destacado, não cabendo ao empregador criar novas modalidades a respeito. Observa-se aqui, portanto, o princípio da reserva legal. Não pode haver dispensa por justa causa sem a prévia previsão legal da respectiva falta grave. Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2020 – p. 660).

Certo é que a dispensa por justa causa é uma das mais graves sanções no direito do trabalho, além disso, essa gravidade pode ser notada no *quantum* que o empregado penalizado recebe ao final do vínculo, que se resume verbas referentes ao saldo salário dos dias trabalhados, férias vencidas, caso tenha, acrescidas de 1/3 constitucional. O teor da justa causa pode ser definido como sendo a prática de um ato grave que configure uma séria violação dos deveres do empregado, rompendo a confiança na relação de emprego.

Para que haja validade na aplicação da justa causa, esta deve ser verificada e válida, observando dois elementos essenciais: elemento subjetivo e objetivo. Tem como subjetivo, a vontade ou omissão advinda do empregado que incorre no ato faltoso com dolo ou culpa, sendo a culpa tipificada quando houver negligência, imperícia ou imprudência e o dolo quando há intenção e consciência em cometer determinado ato faltoso.

No que diz respeito aos elementos objetivos, estes a serem observados são: tipicidade, gravidade, proporcionalidade, nexo de causalidade, imediatidade e *non bis in idem* (proibição de dupla punição).

É típica a conduta em que há previsão legal, no caso da justa causa há um sistema taxativo previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas no qual deve-se enquadrar a conduta do empregado caso incorra em alguma falta grave prevista em lei.

A gravidade se configura através da proporção do ato faltoso por parte do empregado que enseja a punição da dispensa por justa causa. Tal ato cometido pelo empregado deve ser grave o suficiente para descontinuar a relação de emprego, por tornar-se indesejável e insustentável.

O professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia em seu livro *Manual de Direito do Trabalho* diz que:

A dispensa por justa causa é considerada a medida punitiva mais grave que o empregador pode aplicar ao empregado, no exercício do seu poder disciplinar, o qual se encontra inserido no poder de direção. Sendo assim, a justa causa, para justificar a respectiva dispensa, deve se caracterizar pela efetiva gravidade do ato cometido, a

ponto de tornar a continuidade do vínculo de emprego indesejada ou inviável para o empregador. A gravidade é, portanto, o requisito essencial na justa causa (Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2020 – p. 667).

Quanto à proporcionalidade, esta resume-se objetivamente em o empregador observar a gravidade da falta cometida pelo empregado e com isso aplicar a penalidade, não podendo exceder-se de forma que a torne injusta. Em contrapartida, se o ato faltoso for de menor gravidade não é viável aplicar a punição em questão, visto que não se amoldaria à proporcionalidade que está sendo tratada, devendo, pois, a punição ser adequada à falta cometida. No entanto, em caso de reiteradas faltas de menor gravidade, já punidas em determinado momento, estas podem ser consideradas como condições de ensejar a aplicação da justa causa.

Mais uma vez, compartilha-se o que diz Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Deve existir uma relação de proporcionalidade entre o ato faltoso, praticado pelo empregado, e a sua dispensa por justa causa. Como essa medida disciplinar é considerada a de maior gravidade, só pode ser aplicada, de forma válida, se a falta praticada pelo empregado é suficientemente grave, de forma a justificar a sua dispensa por justa causa. Atos faltosos de menor gravidade, como um pequeno atraso isolado, não podem ser considerados, por si só, graves o suficiente para desde já autorizarem a dispensa por justa causa, considerada a medida disciplinar extrema. Nas referidas situações, de menor gravidade, a medida disciplinar que pode ser aplicada é a advertência ou mesmo a suspensão, conforme o caso. No entanto, a reiteração de pequenos atos faltosos, punidos com medidas disciplinares de menor gravidade (como advertências e suspensões), pode fazer com que, quando de uma última falta praticada, tenha-se a gravidade suficiente para a dispensa por justa causa (Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora *JusPodivm*, 2020 – p. 667)

O nexos de causalidade deve se verificar entre a conduta praticada e a sua respectiva punição, devendo, necessariamente, esta conduta ser a razão da aplicação da justa causa. Em outras palavras, o nexos de causalidade se caracteriza quando existe a relação entre a falta e o contrato de trabalho, devendo haver uma ligação entre o ato praticado e o exercício das atividades inerentes ao contrato de trabalho.

Quanto à imediatidade, esta deve observar o tempo da punição em relação ao ato faltoso, pois pode ser descaracterizado caso ato faltoso não seja considerado grave o suficiente para punição e que por esse motivo ocorreu o perdão tácito pelo empregador. Dessa forma, o lapso temporal deve ocorrer da ciência do ato faltoso pelo empregador do ato cometido pelo empregado.

Pode-se citar sobre a imediaticidade o que ensina a professora Carla Teresa Martins Romar:

Imediatidade – também chamada de atualidade do ato faltoso, significa que, assim que o empregador tomar conhecimento da prática de uma falta grave, deve aplicar a punição ao empregado, dispensando-o por justa causa. O fundamento de tal requisito reside na confiança e na boa-fé que deverão existir na relação de emprego: se a falta

foi tão grave a ponto de abalar a confiança que existia, a reação deve ser imediata. Deixando o empregador passar o tempo sem aplicar a punição, a impressão que se tem é de que a gravidade não foi tal e, conseqüentemente, ocorreu o perdão tácito (Romar, Carla Teresa Martins – Direito do trabalho esquematizado – 7 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021 – p. 549)

Referente ao *non bis in idem*, que é a vedação da dupla aplicação sobre um mesmo ato faltoso, temos que o direito punir do empregador encontra limites na aplicação da penalidade. Não pode ser aplicada mais de uma vez a sanção pela mesma falta praticada pelo empregado, caso haja uma aplicação de punição branda, não há como aplicar uma mais severa, não havendo o direito de arrepender por parte do empregador.

Feitas essas considerações sobre os elementos da aplicação da justa causa, passa-se à exibição de algumas jurisprudências acerca do instituto, com foco nos elementos já elucidados anteriormente.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. JUSTA CAUSA. **ATO DE INSUBORDINAÇÃO**. É cediço que para efetivação do exercício disciplinar do empregador e conseqüente aplicação da justa causa no contrato de trabalho, além da tipicidade da conduta (requisito objetivo), deverão ser levados em conta alguns outros requisitos (de ordem subjetiva ou circunstancial) para aferição da validade da penalidade imposta, estando entre eles: o dolo ou culpa do empregado; o nexó existente entre a falta e a penalidade, a adequação e proporcionalidade, gradação da pena, bem como a ausência de perdão tácito ou expresso do empregador. Logo, não basta a tipicidade da conduta para que o exercício do poder disciplinar do empregador seja considerado regular e responsável. Deverão ser atendidos outros requisitos, a exemplo dos aqui apresentados, sempre com o cuidado e observância das peculiaridades impostas ao caso. Na hipótese, o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, registrou que "o ato de insubordinação, ' não se revestiu de gravidade suficiente para, por si só, autorizar a rescisão contratual' , mostrando-se severa demais a pena aplicada, capaz de desvirtuar o poder disciplinar do empregador". Destacou, ainda, que "a aplicação da pena de despedida por justa causa, a priori, revelou-se de rigor excessivo do poder patronal, atitude que não pode a Justiça do Trabalho chancelar". Assim, concluiu que "deve ser mantida a sentença que afastou a justa causa imputada". Nesse contexto, ante a ausência dos requisitos necessários para configurar a justa causa, correta a decisão que reverteu a referida dispensa. O exame da tese recursal, em sentido contrário, esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos fatos e das provas. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR: 1516920145120016, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 30/11/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/12/2016) (grifei)

JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DAS PUNIÇÕES - NON BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO ESPECÍFICA. **REQUISITO DE GRAVIDADE**. JUSTA CAUSA AFASTADA. 1. JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DAS PUNIÇÕES. Não pode o trabalhador ser punido, pela mesma falta, mais de uma vez. É inválida a demissão por justa causa pela mesma falta ensejadora de suspensão do empregado. A ausência de contestação específica acerca da dupla punição torna o fato presumidamente incontroverso (CPC, art. 302). 2. JUSTA CAUSA. REQUISITO DE GRAVIDADE. A demissão motivada de empregados, por falha disciplinar, exige, além do ineditismo da sanção, alto nível de gravidade. Afinal, a demissão é a mais severa das punições, reservando a lei, a doutrina e a jurisprudência outras punições de cunho mais brando, como a suspensão, a advertência e a admoestação, acentuando o caráter pedagógico das sanções. Recurso

patronal conhecido e desprovido. (TRT-10 - RO: 00005449220135100821 DF, Data de Julgamento: 03/09/2014, Data de Publicação: 10/02/2015) (grifei)

JUSTA CAUSA. **PROPORCIONALIDADE**. Tratando-se a justa causa de pena máxima que, além de pôr termo ao contrato de trabalho, acarreta mácula à vida profissional do trabalhador, sua aplicação não pode ser generalizada. Imperiosa a avaliação de seu cabimento à luz do caso concreto. Verificado que a reclamante detinha uma infração leve anotada no histórico funcional e que o contrato de trabalho perdurava há quase 19 anos, de rigor declarar desproporcional a justa causa aplicada em razão de sono durante a jornada de trabalho. Notadamente porque outras sanções, a exemplo da advertência e suspensão, mostram-se aptas a corrigir e sancionar o comportamento. (TRT-2 10015623920175020361 SP, Relator: MARIA DE FATIMA DA SILVA, 11ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 03/12/2019) (grifei)

AGRAVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 378, II, DO TST. 1. Impõe-se confirmar a decisão agravada, em que se negou provimento ao recurso ordinário, por ser incontroverso que o agravado foi dispensado, sem justa causa, em 14/5/2021, que, no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, houve a reabertura da CAT emitida em 6/12/2019, que foi apresentado atestado médico datado de 19/5/2021 para afastamento do trabalho por 60 (sessenta) dias, demonstrando a inaptidão para o exercício das atividades laborais em razão de LER, o que já havia sido atestado em 21/12/2020, tendo sido concedido pelo INSS o benefício de auxílio-doença comum, modalidade B-31, a partir de 25/5/2021. 2. Nesse contexto, conquanto o afastamento previdenciário tenha se dado com a percepção de auxílio-doença comum, os documentos adunados ao feito matriz indicam a presença de **nexo de causalidade** entre a atividade desempenhada e a patologia do obreiro, sugerindo que os motivos de afastamento são idênticos àqueles que ensejaram a percepção de auxílio-doença acidentário alguns meses antes, em 23/12/2019, ocasião em que o INSS reconheceu a natureza ocupacional da doença, razão pela qual aplica-se à hipótese o entendimento consubstanciado no item II da Súmula nº 378 desta Corte Superior, sendo devida a sua reintegração. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-ROT: 00004502320215130000, Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior, Data de Julgamento: 20/09/2022, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 23/09/2022) (grifei)

RUPTURA CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA **IMEDIATIDADE**. A justa causa é motivo peculiar de resolução do contrato de trabalho, sendo a penalidade máxima imposta ao empregado que comete uma das faltas graves arroladas no artigo 482 da CLT. Em geral, a doutrina aponta três requisitos para a sua caracterização: a adequação da conduta à previsão legal (tipicidade), a imediatidade da sanção à falta disciplinar e a proporcionalidade entre a falta e a sanção respectiva. Quando o empregador invoca justa causa para a ruptura contratual, atrai para si o ônus probatório respectivo, já que a falta grave é fato extintivo, nos termos do artigo 818, II, da CLT. Nesse contexto, considerando-se o dilatado espaço temporal entre a ciência do ato faltoso pela reclamada, o início do procedimento de apuração da falta e a dispensa por justa causa do reclamante, inválida é a dispensa por justa causa por ausência de observância, pelo empregador, do requisito da imediatidade. Sentença mantida. (TRT-2 10002331920195020491 SP, Relator: RODRIGO GARCIA SCHWARZ, 2ª Turma - Cadeira 1, Data de Publicação: 10/11/2020) (grifei)

RECURSO ORDINÁRIO. JUSTA CAUSA. SINGULARIDADE DA PUNIÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. Para a caracterização da justa causa deve ser observada a previsão legal da conduta imputada ao empregado como ensejadora da dispensa motivada, a gravidade do ato, a proporcionalidade entre a falta e a punição, a ausência

de outra punição para o mesmo ato (**singularidade da punição**), a imediatidade e a ausência de perdão tácito. Desse modo, se o empregador aplica a pena de suspensão e dispensa por justa causa o empregado pela mesma falta cometida, esta última punição deve ser afastada, em observância à singularidade da punição.(TRT-1 - RO: 00005195920125010047 RJ, Relator: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 12/11/2014, Sexta Turma, Data de Publicação: 24/11/2014) **(grifei)**

É notório que a jurisprudência acerca da justa causa, a respeito dos elementos que a compõem, é pacificada em sua maioria, pois se tratam de elementos que são objetivos e claros de se identificar.

3. DIREITO DA PERSONALIDADE E PROTEÇÃO AO CORPO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Nos termos da Lei n.º 10406 de 2002 (Código Civil), são enumerados no Capítulo II como direitos da personalidade a proteção à integridade do corpo da pessoa, da imagem, da inviolabilidade da vida privada, a proibição da divulgação de escritos, transmissão da palavra ou a publicação, bem como a exposição e utilização da imagem da pessoa sem a devida autorização por parte dela.

3.1 Direitos da personalidade na relação de emprego: conceituações e limites.

Partindo da definição taxativa trazida pelo Código Civil, inevitável a interdisciplinaridade e direta inferência daqueles direitos no âmbito do direito material do trabalho. Isto porque os direitos de personalidade são de caráter permanente, inerentes e inatos à pessoa humana, os quais partem do princípio constitucionalmente consagrado da dignidade da pessoa humana, também presente em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, sendo também um dos maiores nortes principiológicos na hermenêutica constitucional, da norma civil e, sem exclusão, por conseguinte, do Direito do Trabalho brasileiro.

Tal interdisciplinaridade é decorrente da força normativa de direito fundamental que os direitos da personalidade possuem, sobretudo por encontrarem expressividade na Carta Maior de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Esse efeito abrangente dos direitos fundamentais é explicado por Alexy na “tese da irradiação”, uma das características das normas constitucionais que vinculam a interpretação no âmbito de outros ramos do direito positivo sob à luz da Constituição, como ocorre principalmente com a constitucionalização do direito civil, por exemplo. É o que explica aquele ao mencionar o entendimento do Tribunal Federal Alemão:

(...)as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva

de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência. (ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 5ª edição, Suhrkamp Verlag (2006), p. 524)

Assim sendo, os direitos da personalidade, ora direito fundamental e também direito humano, são de obrigatória observância na proteção do trabalhador nas relações de trabalho, ocasião na qual no âmbito de labor dever-se-á garantir a tutela de um meio ambiente de trabalho equilibrado, preservador da integridade física, mental e moral deste, cabendo ao empregador providenciar essa manutenção.

Através desse raciocínio, infere-se que, na realidade, a importância dos direitos da personalidade para a harmonização social, sobretudo na seara do trabalho, é decorrência não tão somente da força normativa das normas fundamentais constitucionais, mas também da dignidade da pessoa humana, contida na Constituição da República, a qual também é pautada por tal princípio/direito fundamental.

Não obstante o que expôs Alexy sobre a irradiação desses direitos, Konrad Hesse, por sua vez evidencia a força normativa que aqueles possuem, o que por conseguinte torna inevitável a conexão do direito da personalidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito social ao trabalho (HESSE, 1991, p.86), paradigma do qual se faz pensar como Kant, o ser humano como fim em si mesmo, não como uma ferramenta ou meio de utilização e submissão para consubstanciar interesses alheios (KANT, 2000, p. 77).

O trabalho, ao seu turno, é um valor fundamental assim como a personalidade e a dignidade do ser humano, de forma que uma supressão da dignidade da pessoa humana implica na impossibilidade de concreção dos direitos individuais e sociais, sobretudo de um ambiente de trabalho digno, como leciona Maurício Godinho Delgado:

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas (DELGADO, 2004, p. 40).

Embora as correntes jusnaturalistas tendem a interpretar os direitos da personalidade como inerentes à pessoa humana e por tal merecerem tutela independentemente de positividade, extrai-se da Constituição, da doutrina, da jurisprudência e até de dispositivos legais infraconstitucionais, características e normas desses direitos.

Como explica Nelson Rosendal:

“A dignidade humana, como princípio normativo, projeta múltiplas dimensões horizontais e verticais, no direito público e privado, impondo não só abstenções (não violar a dignidade) mas também, cada vez mais, ações (no sentido de promovê-la). A dignidade é protetiva e promocional”

Na caracterização desses direitos o STJ já decidiu por entendê-los como “inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*” conforme Recurso Especial 807.849. (STJ, Resp 807.849, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 06/08/2010)

Em síntese, convém frisar que tais direitos são extrapatrimoniais, sendo, portanto, como explica mais uma vez Rosenvald, “direitos e interesses existenciais, direitos e interesses cujo conteúdo precípua não é o patrimônio, e sim a bela e rica complexidade espiritual, física, intelectual e moral do ser humano.” No mesmo sentido, são direitos que não podem ser alienados ou penhorados, bem como não podem ser transmitidos, sendo também direitos não abarcados pela prescrição e portanto vitalícios por acompanharem a vida humana enquanto ela existir.

A repercussão desses direitos no Direito do Trabalho brasileiro mostra-se positivada em diversos dispositivos da própria CLT, como exemplo:

A vedação de submeter as empregadas à revista íntima:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

A proteção do direito de imagem, mediante proteção da reputação, honra e integridade das pessoas no ambiente de trabalho:

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

[...]

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;

E as manifestas previsões do art. 483, com destaque para algumas de suas respectivas alíneas, que resguardam a integridade e dignidade da pessoa do trabalhador de diversas formas:

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

Nesse contexto verifica-se a reverberação dos direitos da personalidade na legislação trabalhista apesar desta não tratar de forma sistematizada tais direitos nas relações de trabalho.

3.2 Direito à saúde do empregado: vertentes individual e coletiva

Ainda sobre os alicerces do princípio ontológico da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, como decorrência destes e, como classifica Pedro Lenza, como direito social e direito humano de segunda geração, o direito à saúde, e especificamente o direito à saúde do empregado como gênero deste último, consiste na tutela do mais completo bem-estar físico e funcional do ser humano, preservando a incolumidade do corpo e da mente humana.

Neste viés, Canotilho divide conceitualmente o direito à saúde em duas perspectivas:

“(…) uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer *acto* que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas (...) (GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v.1, p. 342-343)

No ordenamento jurídico brasileiro, por força da Constituição de 1998, tanto o direito à saúde na perspectiva prestacional (positiva) quanto na perspectiva de defesa (negativa) é um direito fundamental, tal qual o princípio da dignidade da pessoa humana e os outros direitos da personalidade, essenciais, razoável e proporcionalmente, para o desenvolvimento de uma vivência plena e minimamente digna.

Com destaque, a Lei Orgânica de Saúde (lei n.º 8080/1990), em seu art. 3º, estabelece o trabalho como um dos fatores determinantes da saúde, para além da alimentação, moradia, saneamento básico, renda e outros bens e serviços essenciais.

As disposições em comum supramencionadas permitem inferir que a dignidade da pessoa humana e suas projeções exteriores, como os direitos da personalidade, sobretudo o direito à integridade física e moral, convergem diretamente com o direito à saúde, tornando-se ambos, um direito uno.

Por outro lado, o art. 7º, incisos XXII e XXVIII da Constituição Federal de 1988 versam diretamente sobre o direito à saúde do trabalhador ao tratarem do equilíbrio e qualidade do meio ambiente de trabalho, colocando a saúde do empregado como espécie de saúde geral, a ser garantida, institucionalmente pelo Estado e através de uma observância normativa e geral por parte do empregador.

Assim sendo, todo trabalhador tem direito a um local para desempenhar suas atividades laborais que seja equilibrado e salubre, com a ausência de agentes ou elementos que possam comprometer sua integridade físico-psíquica.

Nessa perspectiva, o direito à saúde do trabalhador possui duas abrangências: a individual no que se refere ao trabalhador como indivíduo e as garantias positivas e negativas em relação a sua incolumidade e integridade, e coletiva, no que se refere ao meio ambiente de trabalho e ao contexto plural ao qual uma coletividade de trabalhadores e outros agentes da atividade laboral estão inseridos, consubstanciando uma esfera genérica de tutelados, para além do próprio trabalhador em si.

Na esfera coletiva do direito à saúde do trabalhador, verifica-se que sua tutela transcende a simples garantia e proteção da integridade do empregado por parte do estado, normas e políticas públicas, trata-se de um conjunto de deveres e obrigações, a serem observados por ambos afins de se garantir o direito à saúde através da manutenção e preservação da incolumidade da saúde pública.

O que, também por decorrência da sistemática constitucional, não se limita ao Direito do Trabalho, no Direito Penal por exemplo, sob a perspectiva da proteção de bens jurídicos de Hans Welzel, criou-se figuras típicas como o art. 33 da Lei n.º 11.343/06 que dispõe sobre o “tráfico de drogas”, objetivando justamente tutelar, mas de forma mais incisiva e como *ultima ratio*, a saúde pública, no sentido mais amplo e coletivo de tal bem jurídico.

Não é diferente quando se fala na subsunção do empregado e do empregador a regras que versam sobre utilização de equipamentos de proteção, procedimentos de segurança para prevenção de acidentes de trabalho, medidas para conservação e manutenção correta de equipamentos e do

ambiente de labor, bem como medidas restritivas para evitar contaminações em uma situação grave de pandemia, como vacinação e uso obrigatório de máscaras e adoção de protocolos de higiene.

A observância obrigatória desses deveres no ambiente de trabalho é, por essência, a forma que se possibilita garantir o efetivo meio ambiente de trabalho equilibrado, além da saúde de todos aqueles que têm de alguma forma, contato direto ou indireto com a atividade laborativa, ou mesmo à atividade econômica. Trata-se, portanto, do direito à saúde sob seu aspecto difuso e coletivo, amplo, no sentido de preservar, ao máximo, o bem-estar e a integridade de terceiros para além do próprio trabalhador, fator que, em sede de conflitos de garantias e direitos, comporta uma supressão ou limitação razoável e proporcional destes, para evitar maior catástrofe.

3.3 Direito ou obrigação da vacinação de empregados: doutrina e jurisprudência em construção.

A uniformidade da jurisprudência tem-se fundado na linha argumentativa desenvolvida anteriormente, na uníssona tendência de consubstanciar a pertinência do empregador exigir do empregado a vacinação, considerando o poder diretivo e disciplinar deste, bem como o direito da coletividade a um ambiente de trabalho preservador da saúde pública.

Sob esse aspecto, está o principal entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ao reconhecer a inconstitucionalidade da Portaria MTPS n.º 620/2021 a qual proibia o empregador de exigir documentos comprobatórios vacinais no ato de contratação de empregados, o que segundo a portaria caracterizava discriminação.

Entretanto, a decisão da Suprema Corte rechaçou de plano tal vertente, explicitando que tal prática por parte de empregador encontra-se dentro de suas atribuições na relação de trabalho, não configura discriminação de forma alguma e, principalmente, conflui com o consenso científico no que se refere ao combate e prevenção ao COVID-19, contribuindo para preservar a saúde dos próprios empregados e na manutenção de um ambiente de trabalho adequado:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PANDEMIA DE COVID-19. PORTARIA MTPS Nº 620/2021. VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO. ATO INFRALEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Portaria MTPS n.º 620/2021 proíbe o empregador de exigir documentos comprobatórios de vacinação para a contratação ou manutenção da relação de emprego, equiparando a medida a práticas discriminatórias em razão de sexo, origem, raça, entre outros. No entanto, a exigência de vacinação não é equiparável às referidas práticas, uma vez que se volta à proteção da saúde e da vida dos demais empregados e do público em geral.

2. Existe consenso médico-científico quanto à importância da vacinação para reduzir o risco de contágio por Covid-19, bem como para aumentar a capacidade de resistência de pessoas que venham a ser infectadas. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a vacinação compulsória, não por sua aplicação forçada, mas pela adoção de medidas de coerção indiretas. Nesse sentido: ARE 1.267.879, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADIs 6.586 e 6.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 3. É da natureza das relações de trabalho o poder de direção do empregador e a subordinação jurídica do empregado (CF, art. 7º c/c CLT, arts. 2º e 3º). O descumprimento, por parte do empregado, de determinação legítima do empregador configura justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (CLT, art. 482, h). É importante enfatizar que constitui direito dos empregados e dever do empregador a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável (CF/1988, art. 7º, XXII, e art. 225). 4. Acrescente-se, ainda, que a extinção da relação de trabalho, mesmo sem justa causa, é um direito potestativo do empregador, desde que indenize o empregado na forma da lei (CF/88, art. 7º, I). Do mesmo modo, a atividade empresarial sujeita-se à livre iniciativa e à liberdade de contratar, competindo ao empregador estabelecer estratégias negociais e decidir sobre os critérios de contratação mais adequados para sua empresa (CF, art. 170). 5. Ato infralegal, como é o caso de uma portaria, não é instrumento apto a inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações trabalhistas (CF, art. 5º, II). Tampouco pode limitar o sentido e alcance de normas constitucionais. Até mesmo a lei encontra limites na restrição de princípios e direitos fundamentais. 6. Note-se, por fim, que o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da portaria apenas restabelece o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho. Não significa, porém, que ele deva necessariamente fazê-lo, cabendo-lhe ponderar adequadamente as circunstâncias do caso concreto. 7. Deferimento da cautelar, para suspender os dispositivos impugnados. Fica ressalvada a situação das pessoas que têm expressa contra-indicação médica à vacinação, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra a COVID-19 ou em consenso científico, hipótese em que se deve admitir a testagem periódica. (STF - ADPF: 900 DF 0064039-82.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/11/2021, Data de Publicação: 16/11/2021)

Outrossim, nessa mesma linha, consoante alguns julgados selecionados de Tribunais Regionais do Trabalho de regiões diversas, constata-se predominante jurisprudência que dispõe no sentido de também reconhecer a recusa injustificada à vacinação, bem como a ausência desta como motivo ensejador de justa causa que autoriza a dispensa do empregado, sendo o que se verifica em:

RECUSA INJUSTIFICADA À VACINAÇÃO. JUSTA CAUSA. COVID-19. ATO DE INDISCIPLINA/INSUBORDINAÇÃO. INTERESSE COLETIVO PREVALECENTE AO INDIVIDUAL. Constitui justa causa de indisciplina ou insubordinação a recusa injustificada do trabalhador à vacinação contra a Covid-19. Na esteira do entendimento do STF no julgamento das ADIs 6586 e 6587 e ARE 1267879, o Estado pode impor restrições a quem se recusa à vacinação, e, *mutatis mutandis*, o empregador pode assim agir em relação a seus empregados, como forma de garantir a saúde de todo o coletivo de trabalhadores na empresa, já que a ele compete o estabelecimento e a manutenção do ambiente de trabalho seguro e sadio, conforme os artigos 7º, XXII, CF, e 159, CLT. Assim, optando o empregado por não se vacinar, poderá ser dispensado motivadamente, por descumprimento à ordem geral ou específica emanada da empresa (artigo 482, h, CLT), já que deve ser privilegiado o interesse coletivo em detrimento do individual, mormente, porque, segundo a Ministra Carmen Lúcia, "A Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas". Invalidar a justa causa de quem se recusou injustificadamente à vacinação,

pensando apenas em si, e não nos colegas de trabalho, quer importar no total o desequilíbrio das relações de trabalho, atribuindo a um trabalhador o direito de ditar as regras de saúde no ambiente de trabalho, desprezando, em nível amplo, toda uma coletividade, que tem o direito de ser protegida naquilo que tem mais de importante, nestes árduos tempos de pandemia: a sua integridade física e saúde. (TRT-12 - RORSum: 00002159820225120016, Relator: MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT, 6ª Câmara, Data de Publicação: 22/08/2022)

COVID-19. Ausência ou recusa de vacinação. Justa causa. Configuração. O trabalhador que se nega à vacinação, no contexto atual, comete ato que coloca em flagrante risco toda a coletividade seja pelo risco impingido aos demais colegas de trabalho, seja pelo risco experimentado pelo público com o qual tem contato. Portanto, se não se cuida de ato de insubordinação porque o empregador não pode dispor do corpo do trabalhador em qualquer sociedade que pretenda se fundar no princípio da liberdade de trabalho. Contudo, trata-se de ato de mau procedimento, porquanto o uso do direito individual à intangibilidade do corpo não pode se prestar a colocar em risco o direito à saúde e à vida dos demais membros da coletividade. Dispensa motivada que se ampara na letra b do art. 482 da CLT e não na letra h do mesmo dispositivo. Justa causa mantida, quanto à conduta, ainda que por fundamento diverso. Não utilização de máscaras de proteção. Justa causa. Configuração. A legislação estadual prevê a obrigatoriedade do uso de máscaras para a prevenção da propagação do coronavírus, sujeitando-se a empresa inclusive a penalidades administrativas no caso de descumprimento de tais normas de segurança. Neste ponto, a conduta da autora incide na indisciplina e na insubordinação. Justa causa igualmente configurada. (TRT-2 10002858420215020025 SP, Relator: ROBERTO VIEIRA DE ALMEIDA REZENDE, 13ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 29/04/2022)

Assim sendo, extrai-se das decisões supramencionadas que a fundamentação destas encontram base no direito difuso à saúde pública, na manutenção adequada de um ambiente de trabalho saudável, fundadas no amplo respaldo científico que a vacinação como medida de profilaxia possui em relação a pandemia de COVID-19 e, considerando os riscos desta para a vida e integridade das pessoas, autorizam o empregador a exigir do empregado sua vacinação regular seja para contratação ou para manter-se no posto de trabalho, uma vez que aquele está posicionado na dinâmica das relações de trabalho como detentor de certa diretividade e poder de regulamentação em face dos empregados, os quais são, na prática, subordinados, não havendo de se falar na exigência da vacinação, por conseguinte, de medida abusiva, discriminatória ou que exceda esses princípios e prerrogativas.

4 APLICAÇÃO DA JUSTA CAUSA AOS EMPREGADOS NÃO VACINADOS.

A Constituição Federal de 1988 assegura que é dever do Estado a promoção da saúde sendo também direito fundamental de todos os cidadãos. Nessa vertente foram e são criadas, na medida que há necessidade, políticas públicas, capazes de dirimir e diminuir os riscos de propagação de doenças, auxiliam no evitamento de enfermidades que podem ser controladas, bem como que promovam uma vida baseada em bem-estar. Compreende-se, dentro desse conceito, não só a ideia do tratamento de doenças, mas também de sua prevenção, visando a proteção do indivíduo e da coletividade concomitantemente.

Junto à Constituição Democrática foram afirmados direitos sociais que foram equiparados à direitos fundamentais, como a saúde, por exemplo, sendo assim defendida a sua aplicabilidade imediata.

Em verdade, tais direitos sociais são classificados pela doutrina como direitos de segunda dimensão, os quais necessitam de uma atuação do poder público em favor de pessoas menos favorecidas e de setores economicamente desfavorecidos, fazendo com que os cidadãos tenham legitimidade para reivindicar determinados prestações de serviços que lhe são assegurados pelo Estado, a fim de garantir o cumprimento destes direitos.

4.1 Compulsoriedade da vacinação e o direito individual à recusa.

As vacinas são caracterizadas como intervenções para prevenir e conseqüentemente diminuir prováveis doenças imunopreveníveis, através da aplicação de agentes imunizadores que estimulam o sistema imunológico por meio da produção de anticorpos. No Brasil, adota-se a imunização coletiva ou imunização de rebanho, como é conhecida, que é um método que consiste na proteção daquelas pessoas que tomaram vacina e também daquelas pessoas que não tomaram. É obtida quando a maior proporção de indivíduos em uma comunidade está protegida, seja porque tiveram a doença ou porque foram vacinados, dessa forma, com poucas pessoas vulneráveis, a circulação do agente que causa a doença cai, protegendo de modo indireto aqueles que não estão imunizados.

Com a criação da Junta Vacínica da Corte em 1811, deu-se início aos primeiros passos para imunização e posteriormente em 1892, tal prática chegou e se instalou no Rio de Janeiro criando o Instituto Vacínico Municipal. O período subsequente ficou marcado pela Revolta da Vacina que aconteceu pelo somatório de diversos problemas que ocorriam à época. Entretanto, o gatilho foi a lei nº 1261/1904, sancionada pelo presidente Rodrigues Alves, que tornava a vacina e a revacinação

obrigatória, o que desencadeou uma série de violência e restrições a direitos fundamentais, pois estavam em embate o direito à saúde e a autonomia.

Em 1975 entrou em vigor a lei n. 6.259 que regulamenta o Programa Nacional de Imunizações, voltado para aplicação de normas da saúde pública. O desempenho desse programa ajudou em uma série de fatores em relação à saúde e circulação de doenças, como por exemplo, erradicou a varíola, diminuiu a circulação do vírus do sarampo e da rubéola, reduziu a incidência da coqueluche, meningite, dentre outras doenças, que se encontram disponibilizadas no manual de vacinação para crianças e adultos.

Nesse viés, conforme a erradicação e diminuição de doenças, muitas dessas enfermidades não apresentam, de forma significativa, mortalidade elevada e perigo à coletividade. No entanto, pela falta de diálogo e desconhecimento de fatos passados, iniciou-se movimentos antivacina, que é estruturado através de informações falsas e negacionismo em relação às ciências médicas e sua eficácia, bem como, incidência de crenças religiosas e filosóficas que se baseiam na “liberdade de expressão” que encontra respaldo no texto constitucional.

Em verdade, tais movimentos trazem preocupações para os dias atuais, uma vez que com a disseminação de “convicções”, reacende preocupações com doenças que foram erradicadas e que voltam à tona por conta de informações falaciosas e sem fundamento científico, como por exemplo, a volta do sarampo ao Brasil, que chegou a ser considerado um país livre dessa doença.

Com o advento da pandemia do COVID-19, o mundo passou por uma mudança fundamental na dinâmica social, a qual impôs, até mesmo como meio de sobrevivência e mitigação do impacto social e econômico do vírus, a adoção de medidas de isolamento, uso de máscara, entre outros. Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL,2022), o Brasil tinha 34.592.027 infecções confirmadas e 685.428 mortes no ano de 2022. Atualmente, com as quedas drásticas da mortalidade pela infecção do vírus, aponta-se que a vacinação é a responsável pela derrubada dos óbitos pela infecção no Brasil, ainda que novos casos de contaminação apareçam diariamente.

Entretanto, mesmo que a vacinação tenha relação direta com a imunização pessoal, é evidente que seus efeitos refletem no âmbito coletivo, pois uma população vacinada quer dizer uma população protegida. Além disso, uma população que não se vacina fica à mercê de doenças que podem se espalhar, causando uma epidemia, novamente, assim como a volta de doenças já erradicadas, ou, até uma pandemia, como é o caso do Coronavírus.

Com a introdução das vacinas, e, pelo que foi expressado, a obrigatoriedade, conforme limites legais, protege a saúde de cada pessoa que a recebe, almejando, dessa forma, a finalidade do direito

à saúde. Assim, visa-se a proteção da coletividade com a expressiva diminuição dos agentes causadores das moléstias evitáveis pela vacina. Ademais, é caracterizada pela proteção ao direito fundamental à saúde, não apenas individual como também coletivamente.

No tocante ao direito individual, temos que a autonomia, *latu sensu*, “se refere à capacidade de participação nas decisões pessoais, de forma responsável e informada, e decisões na vida em sociedade pelo exercício da cidadania” (DALLARI, 2018). O que se extrai é que há o direito de escolha sobre vários assuntos, em especial aqueles relacionados à saúde.

O texto constitucional, de forma genérica em seu artigo 5º, inciso II, CF, dispõe sobre a liberdade, que se configura em “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, dessa forma, através da liberdade positiva e negativa, as pessoas não estão obrigadas a praticarem atos ou se submeter à situações alheias às suas vontades, o que nos leva a expor que ninguém é obrigado a se vacinar, por razões que lhe são próprias ou que não querem se submeter aos riscos de efeitos adversos da vacina.

Por outro lado, a Constituição Federal estabelece limites, respeitados os balizamentos e a razoabilidade, ponderando-se os direitos, pois, entende-se que o ser humano, dotado de razão e como agente moral, tem a capacidade de deliberar sobre o que é bom ou ruim para si, incidindo, dessa forma, a liberdade de escolha para conduzir sua vida desde que não violem direitos alheios.

O ímpeto da autonomia privada não se caracteriza apenas como um instrumento para a democracia, tendo em conta a proteção da dignidade da pessoa humana com o prelúdio da Constituição Federal de 1988, mas também é possível aferir que tal liberdade pretendida não se concentra em mera formalidade ou negativa, limitada à ausência de constrangimentos derivados do comportamento dos agentes.

A liberdade individual possui valor fundamental como conquista de direitos e garantias individuais. E, para a resolução do conflito entre garantias e direitos fundamentais, necessário é invocar o que entende Alexy sobre a lei da proporcionalidade:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op cit. p. 92., 1999).

Conforme o que se extrai, para Robert Alexy, o equilíbrio do conflito de direitos ou princípios é definir qual tem maior peso avaliando o caso concreto, e não que um irá invalidar o outro. Entende-se que um direito apenas restringe a possibilidade jurídica de outro direito, o que se pode aplicar sobre

a ponderação entre o direito à saúde e o direito à liberdade e autonomia. Logo, a julgar pelas teorias aqui elencadas, fica claro que o equilíbrio entre os direitos básicos estabelecidos pela Constituição é inconsistente, em que não se pode colocar o direito coletivo à saúde em face dos direitos individuais visando proteger apenas o particular.

Como resultado, provisoriamente, pode-se concluir que as pessoas podem se recusar a cumprir obrigações mesmo sem respaldo político, filosófico, religioso, apenas baseando-se em liberdade a elas conferidas, mesmo havendo previsão legal, no entanto, há de se cumprir uma prestação alternativa levando em conta o que está sendo apresentado. No caso que propõe este trabalho, pode-se dizer que o indivíduo poderá se recusar a tomar vacina alegando sua liberdade individual, no entanto, há de observar que prestações alternativas podem ser impostas através de medidas previstas no ordenamento jurídico.

4.2 Vacinação obrigatória e sua relação com o contrato de emprego.

O primeiro relato de vacinação que ocorreu no Brasil foi no ano de 1804 contra a extinta varíola, que na época era tratada como uma grande causadora de mortes ao redor do mundo, atingindo cerca de 300 milhões de óbitos no século passado. Há de se notar que devido ao sucesso das campanhas de vacinação, a varíola foi exterminada em 1971 no Brasil e declarada erradicada em 1980.

Em 1973 foi criado o Programa Nacional de Imunizações (PNI), por determinação do Ministério da Saúde, com o objetivo de coordenar as ações de imunizações que se caracterizavam, até então, pela descontinuidade, pelo caráter episódico e pela reduzida área de cobertura.

O PNI é referência mundial, sendo responsável pela erradicação de doenças como a poliomielite e a rubéola no Brasil. De acordo com Ministério da Saúde, o Brasil é exemplo mundial na campanha nacional contra a gripe. Consequente, o PNI prevê a obrigatoriedade de mais de 20 imunizantes para diversas doenças, sendo a maioria para crianças e adolescentes, todas fazem parte do Calendário Nacional de Vacinação, um documento que estabelece a aplicação das vacinas de rotina para cada fase da vida.

Em Recurso Ordinário com Agravo 1.267.879, de dezembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para deliberar sobre a obrigatoriedade da vacinação em crianças e adolescentes, conforme se encontra no Plano Nacional de Imunização, para então discutir acerca da dispensa da aplicação em crianças filhas de pais veganos, por convicção filosófica. Ao julgar o tema, o Supremo frisou a importância do combate contra epidemias que assolaram o mundo ao longo de décadas e

defendeu a importância da vacinação como método de erradicação de enfermidades e promoção de bem-estar da coletividade. O relator, sem dispensar o direito à liberdade consciência e de escolhas, asseverou que nenhum direito pode ser interpretado e utilizado de modo absoluto e irrestrito e que o caso que se discutia entrava-se em conflito com a defesa da vida e da saúde coletiva, bem como a proteção da criança e do adolescente.

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); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.267.879 TJ/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, p. 2.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal em decisão que desproveu o Recurso Extraordinário em questão, dispôs sobre a matéria:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (ARE 1267879, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021)

Assim, o Plano Nacional de Imunizações que possui suas diretrizes legais previstas na lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, bem como no Decreto nº 78.231/76, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o referido programa, estabelece normas relativas à compulsoriedade da vacinação, estando destacado abaixo alguns dispositivos que se considera importante para este trabalho.

Art. 26. O Ministério da Saúde elaborará, fará publicar e atualizará, bienalmente, o Programa Nacional de Imunizações que definirá as vacinações em todo o território nacional, inclusive as de caráter obrigatório.

Art. 27. Serão obrigatórias, em todo o território nacional, as vacinações como tal definidas pelo Ministério da Saúde, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo o Ministério Saúde elaborará relações dos tipos de vacina cuja aplicação será obrigatória em todo o território

nacional e em determinadas regiões do País, de acordo com comportamento epidemiológico das doenças.

[...]

Art. 29. É dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória.

Parágrafo único. Só será dispensada da vacinação obrigatória, a pessoa que apresentar Atestado Médico de contra-indicação explícita da aplicação da vacina.

[...]

Art. 37. O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado através de Atestados de Vacinação, emitidos pelos serviços de saúde que aplicarem as vacinas.

[...]

Art. 38. Toda pessoa vacinada tem o direito de exigir correspondente atestado comprobatório da vacinação obrigatória recebida, inclusive em segunda via, a fim de satisfazer exigências legais ou regulamentares.

O que se pode extrair, em um primeiro momento, ao analisar o julgamento do Recurso Extraordinário e o Decreto supracitado, é que a compulsoriedade e obrigação de vacinação não é algo novo no ordenamento brasileiro, perpassando por campanhas desde séculos atrás até a erradicação de doenças que antes eram fatais e, controle de enfermidade que não apresentam tantos riscos atualmente.

Semelhantemente, um dos casos mais simbólicos acerca dos efeitos da recusa à vacinação, foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no Recurso Ordinário 1000122-24.2021.5.02.0472, que decidiu manter a decisão do juízo de primeiro grau, na qual foi fundamentada no contexto pandêmico, demonstrando a gravidade do problema e destacando as provas de que o empregador facilitou a imunização à empregada, e a reclamante por sua vez, não demonstrou nenhuma justificativa ao empregador e ao juízo, para não se vacinar.

O empregador asseverou que a conduta da empregada colocaria em risco a saúde de seus colegas e dos pacientes do hospital no qual trabalhava, ultrapassando o risco que poderia causar apenas a si própria. Além disso, o episódio ocorreu em pleno auge de infecções e mortes pela COVID-19, o que agravou o problema da reclamante em questão, além do mais, a autora argumentou que não haveria lei que a obrigasse a proceder à vacinação e em acórdão o Tribunal Regional do Trabalho deliberou o seguinte:

Em 07/02/2020 foi publicada a **lei 13.979/2020**, que dispõe justamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública mundial deflagrada do

novo coronavírus. Veja-se que o referido regramento, previu, em seu artigo 3º, inciso III, a possibilidade de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas baseadas em evidências científicas.

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

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

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

A bem da verdade, considerando a gravidade e a amplitude da pandemia, resta patente que se revelou inadequada a recusa da empregada que trabalha em ambiente hospitalar, em se submeter ao protocolo de vacinação previsto em norma nacional de imunização, e referendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobretudo se considerarmos que o imunizante disponibilizado de forma gratuita pelo Governo (vacina), foi devidamente aprovado pelo respectivo órgão regulador (ANVISA). Desse modo, considerando que a reclamada traçou estratégias para a prevenção da COVID19, divulgou informações e elaborou programa de conscientização para assegurar a adoção de medidas protetivas e a vacinação de seus colaboradores, não se mostra razoável aceitar que o interesse particular do empregado prevaleça sobre o interesse coletivo, pois, ao deixar de tomar a vacina, a reclamante realmente colocaria em risco a saúde dos seus colegas da empresa, bem como os demais profissionais que atuam no referido hospital, além de pacientes, e seus acompanhantes.

Acrescente-se que é dever do empregador oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho salubre e seguro, nos termos da Lei, reprisando-se que no caso vertente, a reclamada comprovou a adoção das medidas necessárias e disponibilizou aos seus colaboradores informativos sobre a necessidade de minimizar os riscos de contágio, incluindo, por óbvio, a necessidade de aderir ao sistema de imunização.

Diante de tais circunstâncias, e considerando que a reclamante já havia sido advertida anteriormente pelo mesmo motivo, e em nenhum momento tentou justificar (seja para a reclamada, seja em Juízo), o motivo que teria ensejado a recusa em tomar a vacina disponibilizada de forma emergencial e prioritária ao grupo de trabalho ao qual ela pertencia (dadas as condições de risco por trabalhar em ambiente hospitalar de risco),

fico plenamente convencido de que a conduta adotada pela reclamada (aplicação da justa causa) não se revelou abusiva ou descabida, mas sim absolutamente legítima e regular, porquanto, para todos os efeitos, a reclamante não atendeu à determinação da empresa. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 1000122-24.2021.5.02.0472. Relator: Roberto Barros da Silva) (grifei).

A decisão em sede de acórdão corrobora com a ideia que se traz neste trabalho, de que a primazia do interesse coletivo se sobressai sobre o posicionamento pessoal e individual, a depender do contexto em que se encontra. Além do mais, acerca de diversas discussões geradas sobre o tema e o momento pandêmico, o MPT emitiu o “guia técnico interno do MPT”, no qual dispõe sobre entendimento de que a vacinação contra a doença é direito-dever de empregados e empregadores em atenção ao Plano Nacional de Vacinação contra a covid-19, trazendo em seu bojo o tema sobre a compulsoriedade da vacinação, legislação e jurisprudência:

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

Portanto, nenhuma posição particular, convicção religiosa, filosófica ou política ou temor subjetivo do empregado pode prevalecer sobre o direito da coletividade de obter a imunização conferida pela vacina, prevista em programa nacional de vacinação e, portanto, aprovada pela Anvisa, e inserida nas ações do PCMSO.

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. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid-19. Brasília, 2021, p. 60.) (grifei)

Nota-se que o *parquet* sugere que a possibilidade de aplicação de dispensa por justa causa seja uma medida a ser utilizada como ultima *ratio*, uma vez que a Constituição Federal, nos termos do inciso II do artigo 23 afirma que “cuidar da saúde e assistência pública” é de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios”. Em reforço à norma constitucional, o artigo 24, inciso XII, prevê que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente” sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde”. Logo, é direito constitucional um ambiente seguro, seja ele de trabalho ou não, e dever estatal garanti-lo.

Além do mais, a Consolidação das Leis do Trabalho preceitua em seu artigo 158, inciso II, que cabe ao empregado colaborar para que sejam efetivamente aplicadas as normas de segurança e medicina do trabalho. Desta forma, expressa está também a obrigação das empresas de cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, e no desrespeito destas adotar medidas necessárias para garantir a segurança de tal estabelecimento.

Não obstante, no período pandêmico foi criada a legislação emergencial nº. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que coloca entre as possibilidades de combate à COVID-19 a determinação de vacinação compulsória. A lei supramencionada foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6586 e 6587) e de Recurso Extraordinário com agravo (ARE 1267879), em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas, sendo que as teses de repercussão geral fixadas foram as seguintes:

ARE 1267879. “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

(...)

ADIs, 6586 e 6587. (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada 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 tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, 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 II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Conforme decisão do STF, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação, medidas restritivas previstas em lei, tais como: multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola, mas não pode forçar alguém a se imunizar. Também definiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação.

À vista disso, considerando a decisão do STF, entendeu o *parquet* que “a vacinação, conquanto seja um direito subjetivo dos cidadãos, é também um dever, tendo em vista o caráter transindividual desse direito e as interrelações que os cidadãos desenvolvem na vida em sociedade”. Além disso,

ressaltou o órgão ministerial que o direito-dever à vacinação obriga não só o Poder Público de realizar ações para efetivá-lo, pois todos têm direito à saúde, como também os particulares que devem praticar ações para a concretização deste direito, assim como submeterem-se ao comando compulsório de vacinação.

4.3 Aplicação da justa causa: tipificação da conduta punível.

No âmbito das relações trabalhistas, importa salientar que as empresas têm o dever de zelar pela saúde do trabalhador, fazendo cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho (art. 157 da CLT) e, por outro lado, têm o direito de exigir (poder diretivo) dos empregados o cumprimento destas normas (art. 158 da CLT), sob pena de sanções:

Art. 157 - Cabe às empresas:

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

(...)

Art. 158 - Cabe aos empregados:

- I - Observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
 - II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.
- Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:
- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
 - b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Nesse cenário, tendo em vista que a propagação do vírus representa um risco biológico também no ambiente laboral devido ao seu alto poder de contaminação, as empresas devem zelar por um ambiente de trabalho seguro e os empregados devem obedecer às regras para que esse ambiente continue íntegro e não seja contaminado por riscos biológicos do vírus.

O empregado que se mantiver resistente à vacinação, mesmo provocado para o fazê-lo, pode ter seu contrato de trabalho rompido por justa causa, uma vez que cabe ao trabalhador cumprir as disposições legais e regulamentares sobre a segurança e saúde no ambiente do trabalho, inclusive as ordens de serviço expedidas por parte do empregador, constituindo, dessa forma, ato faltoso a recusa injustificada do empregado ao seu cumprimento.

De tal maneira, o ente patronal no exercício do poder fiscalizatório poderá aplicar a penalidade máxima da ruptura motivada nos moldes do artigo 482, alínea "h", da CLT que configura o ato de indisciplina. Conseqüentemente, o empregado perderá o direito ao aviso prévio, 13º salário, férias proporcionais + um terço, multa de 40% do FGTS e guias para soerguimento do Fundo de Garantia e requisição do seguro desemprego, que seriam as verbas inerentes à ruptura imotivada.

Como o dever legal do empregado de observar as normas de saúde e segurança no trabalho integram o conteúdo normativo da relação de trabalho, eventual recalcitrância do obreiro à vacinação contra a COVID-19 consiste em ato de indisciplina, subsumindo-se à hipótese da alínea "h" do art. 482 da CLT.

Tendo ciência o empregador da recusa do empregado em de participar do programa de vacinação em massa, há o dever de adotar reprimenda, pois, não o fazendo estará colocando em risco os demais empregados que se encontram no mesmo ambiente laboral e se sujeitando, em pior cenário, a eventual reparação de danos de outros trabalhadores que venham a se contagiar em virtude desse fato.

Assim, a conclusão que se chega é que a vacinação é compulsória para toda a população, incluindo os trabalhadores, cabendo aos empregadores, juntamente com o Poder Público, cumprirem o plano nacional de vacinação, e adotarem as medidas necessárias para a contenção da pandemia, seja com medidas individuais ou coletivas.

CONCLUSÃO

Como resposta ao problema que inspirou esta pesquisa, chegou-se às conclusões de que a recusa injustificada do empregado à vacinação contra a COVID-19 consubstancia descumprimento às diretrizes gerais de saúde e segurança no ambiente de trabalho (CLT, art. 158, incisos I e II), constituindo, portanto, ato de indisciplina passível de sanção pela rescisão por justa causa do contrato de trabalho, na esteira do art. 482, alínea “h”, da CLT, às quais, denotam situações em que o empregado deixa de praticar ou pratica atos que estão em desconformidade com as diretrizes gerais ou específicas do trabalho, uma vez que a isonomia de tratamento que deve imperar no ambiente de trabalho, não permite enxergar a vacinação como uma ordem individual e específica, mas sim como as razões que justificam sua necessidade como de ordem coletiva.

Isto posto, sua obrigatoriedade não deve ser pensada de forma parcial ou individual, mas sim, como política geral de manutenção do ambiente de trabalho saudável. À vista disto, as normas de saúde, higiene e segurança laboral passaram a ocupar um espaço nas relações de emprego, bem como que o empregador não é apenas responsável pela contraprestação salarial dos seus operários, mas também pela manutenção da sua higidez no decurso do vínculo contratual.

REFERÊNCIAS

- ABUD, C. de O., & PEREIRA DE SOUZA, L. (2021). **A vacinação contra a COVID19 pode ser compulsória no Brasil? A questão jurídica e a disputa política.** *Vigilância Sanitária Em Debate*, 9. <https://doi.org/10.22239/2317-269x.01856>
- ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático.** *Revista De Direito Administrativo*, 217, 67-79. [https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414\(1999\)](https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414(1999)).
- ALVES, Amauri Cesar. **Manual de Direito do Trabalho: contrato de emprego em seus efeitos práticos: duração, remuneração, alteração, interrupção, terminação.** v.2. Belo Horizonte: RTM, 2021, p. 266.
- ARE 1267879, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021)
- BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. **Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador.**
- BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Elsevier Brasil, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República, [2016].
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho.**
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.267.879 TJ/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, p. 2.
- DALLARI, S. G. (2018). **O eterno conflito entre liberdade e controle: o caso da vacinação obrigatória.** *Revista De Direito Sanitário*, 18(3), 7-16. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v18i3p7-16>.
- 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.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual –** Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 667
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo; DOS ANJOS SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca. **A prevalência dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho: Limites ao poder empregatício no âmbito da reforma trabalhista Brasileira (lei 13.467/2017).** *Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*. Vol. 10, n. 20. P. 57-77. Santiago, 2019.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v.1, p. 342-343)

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Traduzida por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho - 8ª Ed.** 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado. 22. ed.**

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUIZ, J.; MOREIRA, N. **O espetáculo e a falência democrática no cenário pandêmico**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 8, n. 01, p. e340, 10 jul. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Guia técnico interno do MPT sobre vacinação da covid-19. Brasília, 2021, p. 60.) (grifei)**

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 24. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 660-664.

PEREIRA NOBRE JÚNIOR, E. O DIREITO À SAÚDE E SUA EFICÁCIA. Revista Digital **Constituição e Garantia de Direitos**, v. 4, n. 01, 16 out. 2013.

O Plenário decide que a vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/>

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado – 7 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021 – p. 549**

ROTHBARTH, R. **Vacinação: direito ou dever? A emergência de um paradoxo sanitário e suas consequências para a saúde pública**. 2018. Dissertação – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional - 12º Ed. rev. atual e ampl.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Leda Maria Messias da. **Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos de personalidade**. Revista LRR. 2007. vol.71. n.08.p.974.

- SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr.-jun. 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito.** Revista de direito administrativo, v. 173, p. 15-24, 1988.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 23-51, 2006.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e Princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/56635>.
- STJ, Resp 807.849, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 06/08/2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.1240 p.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 1000122-24.2021.5.02.0472.** Relator: Roberto Barros da Silva.