

Poder diretivo, vacinação obrigatória e justa causa

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de dezembro último, definiu a possibilidade de vacinação obrigatória quando do julgamento das ADIs 6.586 e 6.587 e do ARE 1.267.897, fixando as seguintes teses, [conforme noticiado aqui na ConJur](#):

image not found or type unknown

"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; (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei; (iii) seja objeto de determinação da união, estados e 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.

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e

i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes,

(ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes,

(iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas,

(iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e

(v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente;

(II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência".

Rapidamente iniciou-se a discussão acerca da possibilidade de o empregador, através do exercício do poder diretivo, exigir de seus empregados a vacinação e quais seriam as consequências em caso de recusa injustificada do trabalhador.

De uma forma geral, pelos primeiros artigos feitos sobre o tema, defende-se a possibilidade do empregador determinar a vacinação, sob o principal argumento da sua responsabilidade em manter o ambiente de trabalho saudável e seguro. Invoca-se a Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso XXII, que fixa como direito dos trabalhadores a *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"*.

Soma-se a isso a ideia de que a vacinação deve ser vista como de interesse coletivo, o que justificaria até a dispensa por justa causa do empregado que se recusasse a vacinar imotivadamente. A premissa é de que o empregado não vacinado estaria colocando em risco a saúde dos demais trabalhadores e, portanto, seria mais que um direito, seria um dever do empregador o afastamento daquele indivíduo para preservar o ambiente de trabalho.



O argumento é forte e seduz, mas esquece alguns elementos imprescindíveis para o debate: o direito ao trabalho e o princípio da legalidade, ambos reconhecidos como direitos fundamentais pela nossa Constituição (artigo 6º e artigo 5º, I respectivamente). E a conclusão pela justa causa demonstra o risco de adotarmos uma interpretação do Direito com lastro apenas em valores, pois, para se afirmar um deles, rapidamente sacrificamos o outro, e tudo de acordo com a subjetividade do intérprete.

A advertência não é nova, e nem o debate sobre o perigo da interpretação a partir de valores. O juiz e professor Fábio Gomes, em sua obra "O retorno ao positivismo jurídico", faz o alerta de forma muito clara, citando Ernst Wolfgang Bockenforde, para quem a ponderação de interesses inerente ao sistema pós positivista viabilizaria a legitimação da *"limitação de quase todos os direitos fundamentais"*.

E a prova está justamente neste novo debate da área trabalhista. Com o fundamento da saúde dos empregados de uma determinada empresa, justificar-se-ia a exclusão de um trabalhador com a punição mais grave prevista no ordenamento jurídico. A liberdade individual deve sucumbir ao interesse coletivo, em outras palavras.

O problema é que a restrição ao emprego afeta o direito ao trabalho daquele indivíduo que, se não pode permanecer em determinado trabalho por não ter se vacinado, obviamente também poderá ter sua admissão recusada em outras empresas pelo mesmo motivo. Cria-se, assim, uma classe de trabalhadores alijada do mundo do trabalho: os não vacinados.

Ocorre que nosso ordenamento jurídico não concede tamanha liberdade ao empregador quando lhe confere o poder diretivo pelo artigo 2º da CLT. Sua atuação deve se dar nos estritos limites daquilo que o empregador pode legitimamente exigir do trabalhador, o que não envolve criar obrigações não previstas em lei.

Conforme a própria tese fixada pelo STF, a vacinação obrigatória pode ser implementada por medidas indiretas, com restrição ao exercício de certas atividades, sempre a partir de previsão legal ou dela decorrente. E inexistente, até o momento, qualquer regra jurídica que determine como requisito para manutenção ou admissão em emprego estar o trabalhador vacinado.

Não se trata aqui de lacuna jurídica a ser superada pelos intérpretes do Direito, mas de simples observância do princípio da legalidade quando diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A inexistência de norma legal que determine uma conduta contrária à vontade do cidadão não pode, portanto, levar um ator privado — o empregador — a criar tal determinação.

A solução, no fundo, é muito mais simples do que se tem aventado: enquanto não houver lei prevendo como requisito para manutenção ou admissão no emprego a vacinação, inviável a iniciativa do empregador de romper o vínculo, com ou sem justa causa. Com justa causa não seria possível, pois não haveria falta grave do empregado; sem justa causa não seria praticável, pois tratar-se-ia de dispensa discriminatória e, portanto, abusiva.



Por outro lado, qualquer regra jurídica com restrição ao emprego deve ser criada unicamente pela União, que possui a competência exclusiva em legislar sobre tal matéria, nos termos do artigo 22, I, da Constituição. Logo, ainda que estados e municípios criem regras em suas esferas de competência para a vacinação da população, não poderá o empregador, em nosso sentir, utilizar desse arcabouço normativo para justificar eventual dispensa de empregado que não se imunizar.

Apesar de não existir consenso sobre o tema, a reflexão desta semana revela como o bom e velho positivismo jurídico ajuda a preservar os direitos fundamentais, nesse caso o mais básico para o trabalhador, o próprio trabalho. Estamos desacostumados a reconhecer que a inexistência de uma lei impondo uma determinada conduta pode ser simplesmente isso mesmo, ou seja, estamos viciados em sempre buscar uma solução principiológica para todas as questões do cotidiano, sacrificando rapidamente valores essenciais para nossa dignidade. A intenção pode até ser boa, mas, como diz o ditado popular, o inferno está cheio de boas intenções.