O princípio da proporcionalidade na vacinação pelas empresas

Image not found or type unknown

Vários são os questionamentos no que se refere à (im)possibilidade de o empregador exigir a vacinação de seus empregados. Para respondê-los, três diferentes fatos devem ser considerados, para que posteriormente seja levado a efeito o uso da melhor hermenêutica, a fim de ditar os passos da interpretação constitucional.

O primeiro fato é o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.586 e 6.587, concluído em 17/12/2020, a respeito de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.267.879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas.[1]

O segundo é a recente aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no dia 17/1, para uso emergencial das vacinas Sinovac, produzida pelo Instituto Butantan em parceria com a China, e a da Oxford-AstraZeneca[2], além de outras autorizações que se acredita devam ser concedidas na sequência.

O terceiro é a efetiva disponibilização da vacina para o grupo de empregados, cuja vacinação se exija, na forma do plano nacional e/ou estadual de vacinação.

A melhor hermenêutica constitucional, s.m.j., remete à resolução do caso concreto mediante uso do princípio da proporcionalidade, e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para efeito de resolução dos diversos conflitos em âmbito constitucional.

Na oportunidade do julgamento mencionado no Plenário do STF, ao tratar da restrição de liberdades individuais, a ministra Rosa Weber asseverou que "*diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana*".[3]

Nessa linha, a ministra Carmen Lúcia tratou da prevalência do princípio da solidariedade, constante no art. 3º da CRFB, na medida em que o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais, afinal, em seus dizeres, "*a Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas*".[4]

O Ministro Gilmar Mendes chegou a comparar a recusa de um adulto a determinado tratamento terapêutico com a vacinação, sustentando que no primeiro caso há exercício de liberdade individual, ainda que tal possa implicar na morte, ao passo que na vacinação o interesse é coletivo, priorizando-se a imunização comunitária.

A Carta Magna (CF/88) é una e indivisível, não podendo ser lida às tiras, mas sim combinada, ponderando-se diferentes valores principiológicos em uma situação concreta de vida, tal como na circunstância em tela.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nessa esteira, orienta-se pelo princípio da unidade da Constituição Federal, que ordena que as normas e, sobretudo os princípios jurídico-políticos, sejam interpretados evitando-se contradições, antinomias e antagonismos[5] – analisados no conjunto do sistema, e não isoladamente.[6]

De igual sorte, o princípio da eficácia integradora promove a manutenção da unidade política, exigindo que a solução dos problemas jurídico-constitucionais seja levada a efeito mantida a integração, a unidade política e social, estando intimamente ligada ao princípio da unidade antes mencionado.

Nota-se que os princípios de interpretação constitucional dialogam e interagem. No curto espaço aqui reservado (sem desprezar os demais princípios), o tema tratado requer menção especial ao princípio da concordância prática. Isso porque este se concretiza por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação aqui se sustenta, tal como o fez o STF.

O princípio da concordância prática consiste em coordenar os bens objeto da proteção constitucional na solução do problema, de tal sorte que estes mantenham a sua identidade, visando a preservação e concretização dos direitos previstos na Carta Magna.[7]

De um lado, o cidadão possui o direito à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ou cultos religiosos (art. 5º, VI, CF), crença religiosa, convicção política ou filosófica (art. 5º, VIII, CF), intimidade e vida privada (art. 5º, X); mas, de outro lado, o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225), neste incluído o do trabalho (art. 200, inciso VIII), mediante redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII), tendo, assim o empregador dever constitucional de prover um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, minimizando os riscos inerentes ao trabalho.

Sem a necessidade de ingressar em disputas polarizadas de crenças e valores, e considerando que inexiste direito absoluto, o princípio da proporcionalidade indica – por meio de seus subprincípios – o norte para as respostas que a sociedade tanto almeja nos momentos de insegurança jurídica.

Seguindo essa estrada é que se devem enfrentar os inúmeros questionamentos que estão em pauta, especialmente se o empregador pode ou não exigir a vacinação de seus empregados.

Pois bem, inicie-se a apreciação do princípio da proporcionalidade sob a luz do **subprincípio da adequação** – chamado de princípio da pertinência ou da validade do fim, pelo qual a medida restritiva tem de ser apta ou adequada para a proteção do outro direito ou bem protegido por normas constitucionais.[8]

Aqui a análise não é valorativa, pois basta saber se o meio utilizado para restringir um direito tem o condão de defender o direito escolhido. Considerando que a exigência da vacinação tem impede a maior contaminação no ambiente de trabalho, preenche-se o subprincípio da adequação.

Passa-se ao **subprincípio da necessidade** – também conhecido como princípio da exigibilidade ou menor interferência possível, do meio mais suave, do meio mais moderado, da proibição do excesso – que consiste em avaliar se a medida da restrição adotada é de fato necessária para garantir a efetividade do direito protegido.[9]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A pergunta é se há outro meio com a mesma eficácia que cause menor lesão ao direito preterido, e a resposta é que sob o ponto de vista da medicina (saindo de debates ideológicos, e consideradas a autorização da ANIVSA e outras autoridades sanitárias em diferentes países), inexiste outro meio que possua a mesma eficácia que a vacina para efeito de procurar manter o meio ambiente do trabalho livre da Covid-19, de modo que preenchido está o pressuposto relativo ao subprincípio da necessidade (ressalvado o teletrabalho em regime integral, cuja temática será brevemente tratada mais adiante).

Chega-se, portanto, à aplicação do **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**, cuja diferenciação conceitual dos anteriores reside na exigência de aferição de cunho valorativo, tendo como objeto de avaliação o núcleo da limitação adotada, enquanto nos primeiros a análise é restrita ao plano técnico.

O subprincípio da proporcionalidade busca certo equilíbrio entre os benefícios advindos da limitação e os prejuízos gerados para o direito que sofreu intervenção, de tal sorte que gere mais benefícios do que prejuízos, ou seja, ocorra um justo equilíbrio, sob pena de a medida não justificar o fim, revelando-se desproporcional.[10]

A análise deve ser no sentido de sopesar os custos do conflito, ou, em outras palavras, se a preservação do direito ao meio ambiente do trabalho saudável no curso da pandemia da Covid-19 sobrepõe-se *prima facie* ou não ao direito do empregado de não se submeter à vacinação.

É o momento de avaliar inclusive se a coletividade tem maior benefício, comparados os diferentes valores, como bem assentou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto durante o julgamento em destaque, afirmando que "*embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais, não se revelando legítimas escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros*."

O Ministro Edson Fachin, em seu voto aduziu, por sinal, que "*a imunidade coletiva é um bem público coletivo*", ao passo que o Ministro Marco Aurélio Mello pontuou que se trata de "*ato solidário, considerados os concidadãos em geral*", e o Ministro Luiz Fux consignou que a "*hesitação quanto à vacinação é considerada uma das 10 maiores ameaças à saúde global, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS).*"[11]

Na ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso abordou a importância da vacinação em massa como meio de erradicar uma série de doenças, sustentando a constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que (a) o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária; (b) incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI); (c) tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou sua aplicação determinada pela autoridade competente.

Observadas as diretrizes do abalizado voto do Ministro Barroso, nota-se que há situações extraordinárias em que o interesse individual pode se sobrepor ao coletivo diante da lesão sofrida, quando ferido de morte o núcleo essencial do direito preterido, no sopesamento de direitos constitucionais.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nesse sentido, consignou o Ministro Ricardo Lewandowski, para quem é "*flagrantemente inconstitucional*" a vacinação forçada das pessoas, embora tenha reconhecido que "*a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas*".[12]

Há de se questionar, pois, se o direito do empregado estaria sendo violado as ponto de se tornar nulo na hipótese de ser obrigado a receber a vacinação contra a sua vontade, mormente diante de uma crença religiosa que o levasse a optar até mesmo pela morte ao invés do imunizante.

Nessa linha, diante da preservação do núcleo essencial do direito preterido, ministrar a vacina de modo compulsório parece não ser proporcional, se avaliada a restrição do direito em sede de exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, severas restrições não devem deixar de ser opostas pelo empregador, quando justificadas.

Nesses termos foi o voto do Ministro Nunes Marques, que considera que a obrigatoriedade da vacina só pode ser levada a efeito por meios indiretos, como a imposição de multa ou outras restrições legais. Por sinal, a tese fixada nas ADIs apreciadas, em apertadíssima síntese (aqui recortada para fácil visualização) foi de que: a) "*vacinação compulsória não significa vacinação forçada*"; b) o usuário pode se recusar a tomar a vacina, no entanto podem ser implementadas medidas indiretas que impliquem "*restrição ao exercício de certas atividades*" ou "*restrição de frequência de determinados lugares*".

Para tanto, nos termos da tese fixada, há de existir previsão legal expressa ou derivada da lei, com bases científicas e análises estratégicas pertinentes, acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, sempre respeitadas a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, atendidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente.

Significa dizer, o poder diretivo não chega ao ponto de obrigar a vacinação, mas possui força suficiente para exigir que o empregado só ingresse na sede da empresa se vacinado, evidentemente a partir do momento em que a vacina esteja disponível para a faixa de idade, comorbidade ou outras classificações em que o empregado se enquadre.

Mas, e se o empregado não apresentar o comprovante de vacinação, recusando-se à imunização, como proceder?

Antes de mais nada é salutar que a empresa reforce as suas políticas de enfrentamento da Covid-19, conscientizando seus empregados para a importância da imunização, informando previamente ao empregado que a sua entrada não será autorizada a partir do momento em que a vacina estiver disponível para o seu grupo, se não estiver ao menos inscrito no programa de vacinação, e, posteriormente, comprovar que teve o imunizante ministrado.

Essa mesma regra empresarial – a ser formulada por meio de política própria – deve prever expressamente, de modo geral e impessoal, que a falta de comprovação de que o empregado tomou a vacina ou está na fila em seu grupo correspondente implicará na proibição de ingresso aos estabelecimentos empresariais, inviabilizando a continuidade do contrato de trabalho.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No particular, lembre-se que o empregador irá orientar o empregado e adotar política escrita, de modo que a sua recusa a cumprir a regra empresarial justificada e razoável pode motivar a rescisão do contrato de emprego, mormente se este ficar inviabilizado diante da inexistência de alternativa.

Caso assim ocorra, especialmente na controvertida aplicação da justa causa, a análise do poder judiciário deverá ser calcada na proporcionalidade da medida adotada, sendo recomendável, a fim de evitar maiores dissabores derivados de pretensões voltadas à dispensa abusiva ou reversões de justa causa, que a organização empresarial procure alternativas.

Com efeito, nas hipóteses em que o empregado possui comprovada crença religiosa que veda que a vacina seja ministrada, se as atividades forem passíveis de ser executadas à distância, o teletrabalho em regime integral se revela como alternativa.

Nessa conjetura, a ausência de ingresso na empresa representa meio menos restritivo do direito do empregado na manutenção das suas crenças atingindo a mesma finalidade da vacina, se considerado isoladamente o ambiente de trabalho.

Destarte, à luz do subprincípio da necessidade, é possível entender que há meio menos gravoso ao empregado do que a demissão por justa causa, devendo tal circunstância ser sopesada pelo empregador a fim de evitar eventual passivo trabalhista.

Não se trata de conferir tratamento diferente, mas isonômico, e a isonomia consiste em tratar os desiguais de modo desigual, na medida da sua desigualdade.

Todavia, se o teletrabalho não for uma alternativa, e diante da impossibilidade de continuidade do contrato de trabalho, duas parecem ser as alternativas: (a) negociar, de preferência de modo coletivo (quando não mediante assistência do sindicato representante da categoria profissional em situação individual ou Ministério Público do Trabalho) a suspensão do contrato de trabalho sem vencimento, como medida de preservação do emprego e das crenças inarredáveis que o empregado possui; (b) dispensa sem justa causa.[13]

Outrossim, não esqueçam que a coleta de dados relativa ao uso ou não da vacina é dado sensível, sujeita ao enquadramento em uma das bases legais dispostas no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados.

Até uma próxima oportunidade, de preferência já imunizados!

[1]http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1

[2] https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55669362

[3] http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[4] http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª e. Coimbra: Almedina, 1991.

[6] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade, São Paulo: LTr, 2015.

[7] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade, São Paulo: LTr, 2015.

[8] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade, São Paulo: LTr, 2015.

[9] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade, São Paulo: LTr, 2015.

[10] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade, São Paulo: LTr, 2015.

[11] http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1

[12] http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1

[13] Não se está aqui a dizer que a justa causa não possa ser aplicada se preenchidos todos os requisitos trazidos no julgado do STF, mas sim que tal implica em elevado risco à organização empresarial, mormente quando se tratar de empregado que possui comprovada crença religiosa que o impeça de tomar o imunizante. Isso sem falar no risco de se entender pela abusividade da dispensa (ainda que sem justo motivo) com consequências econômicas bastante significativas.

Date Created
28/01/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.