

Voto

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

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 nº 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 o 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. Referendo 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.

I. Considerações Preliminares

1. Trata-se de 4 (quatro) arguições de descumprimento de preceito fundamental, ADPFs 898, 900, 901 e 905, com pedido de cautelar, propostas, respectivamente, pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Novo - Novo, tendo por objeto, em seu conjunto, o art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, o art. 3º, *caput*, e art. 4º, *caput*, incs. I e II, da Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021, expedida pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), que impede que o empregador se certifique sobre a vacinação de seus empregados, para fins de admissão no emprego ou para a sua manutenção.

2. Alega-se que a portaria é formalmente inconstitucional, por limitação à autonomia do empregador nas relações de trabalho, medida que, segundo seu entendimento, exigiria lei formal (art. 5º, II, CF). Defende-se, ainda, a inconstitucionalidade material da norma, por violação ao direito à vida e à saúde.

3. Passo ao exame das razões que me levam ao referendo da cautelar.

II. Referendo da Cautelar

4. Como é de conhecimento geral, o país e o mundo enfrentam uma pandemia de graves proporções. A enfermidade por COVID-19 mostrou-se altamente contagiosa e é responsável, no Brasil, pela impressionante cifra que ultrapassa 600.000 mortos[1]. As pesquisas disponíveis indicam que a vacinação é uma medida essencial para reduzir o contágio por COVID-19, para minimizar a carga viral e assegurar maior resiliência aos infectados[2]. Em tais condições, é razoável o entendimento de que a presença de empregados não vacinados no âmbito da empresa enseja ameaça para a saúde dos demais trabalhadores, risco de danos à segurança e à saúde do meio ambiente laboral e de comprometimento da saúde do público com o qual a empresa interage.

5. Constitui elemento essencial à relação de emprego o poder de direção do empregador e a correspondente condição de subordinação jurídica do empregado (CF, art. 7º c/c CLT, arts. 2º e 3º). Esses dois fatores integram a essência da relação de emprego e autorizam a definição, pelo empregador, do modo de realização da prestação laboral, em especial se ela puder

interferir sobre o funcionamento da própria empresa. Além disso, é dever do empregador assegurar a todos os empregados um meio ambiente de trabalho seguro (CF/1988, art. 225), com base em medidas adequadas de saúde, higiene e segurança. Do mesmo modo, os empregados têm direito a um meio ambiente laboral saudável (CF, art. 7º, XXII) e o dever de respeitar o poder de direção do empregador, sob pena, no último caso, de despedida por justa causa (CLT, art. 482, “h”).

6. Em tais condições, a limitação ao poder de direção do empregador e a restrição ao direito dos demais empregados de ter sua saúde protegida implicam restrição a normas constitucionais e não pode ser objeto de norma infralegal, diante do que dispõe o art. 5º, II, CF, sendo discutível até mesmo por lei formal. O próprio poder de direção do empregador é objeto de lei (CLT, arts. 2º e 3º), não sendo possível sua alteração por portaria.

7. É certo que a norma impugnada não desconsidera a necessidade de proteção à saúde dos demais trabalhadores. Entretanto, ela exige que, no caso de empregados que optaram por não se vacinar, tal proteção se efetive por meio de testagem compulsória custeada pelo empregador. Atribui, portanto, à empresa os ônus decorrentes da opção individual do empregado, quer no que se refere ao custeio, quer no que se refere à criação de uma estrutura apta a exercer o controle sobre a validade e regularidade de tais testagens. Nessa medida, a portaria cria direitos e obrigações que, mais uma vez, não têm previsão legal e dependem de lei formal, dado que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II).

8. Mas não é só. As considerações acima dizem respeito à possibilidade de extinção do contrato de trabalho, com justa causa, por falta de vacinação. Entretanto, é importante lembrar que a extinção imotivada do vínculo de trabalho, sem justa causa, constitui igualmente um direito potestativo do empregador, desde que ele indenize o empregado nos termos da lei. Tal direito decorre da Constituição (art. 7º, I) e tampouco pode ser limitado por ato infralegal.

9. Por fim, toda atividade empresarial sujeita-se à livre iniciativa e à liberdade de contratar (CF/1988, art. 170). Cabe, portanto, ao empregador, à luz de sua estratégia de negócios e das suas circunstâncias empresariais,

decidir a quem contratar, desde que seus critérios não sejam discriminatórios ou desproporcionais, o que, pelas razões já apresentadas, não é o caso. Não há comparação possível entre a exigência de vacinação contra a COVID-19 e a discriminação por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade ou gravidez. Esses últimos fatores não interferem sobre o direito à saúde ou à vida dos demais empregados da companhia ou de terceiros. A falta de vacinação interfere.

10. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade da vacinação compulsória, por meio da adoção de medidas indutivas indiretas, como restrição de atividades e de acesso a estabelecimentos, afastando apenas a possibilidade de vacinação com o uso da força. E, em tais decisões, afirmou que os direitos individuais devem ceder diante do interesse da coletividade como um todo no sentido da proteção ao direito à vida e à saúde. Nesse sentido: ARE 1267879, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADIs 6586 e 6587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

11. Chama atenção, ainda, o fato de que a portaria impugnada não ingressa em considerações relevantes sobre a matéria, tais como um possível juízo de proporcionalidade entre a exigência de vacinação e a atividade específica desenvolvida pelo empregado (*i.e.* , se ocorre em ambiente coletivo ou isolado, se depende de ingresso em estabelecimentos em que se exige comprovação de vacinação ou não, ou se tem contato com o público). A norma tampouco tem em conta as condições econômicas da empresa, o número de empregados ou a estrutura de que dispõe, para avaliar se é suportável não apenas custear tais exames, mas igualmente controlar seus prazos de validade e regularidade.

12. As particularidades de que se revestem as variadas situações da vida real demonstram, mais uma vez, a necessidade de lei formal, em que tais particularidades sejam consideradas. De resto, também é importante ter em conta que os custos que oneram as empresas serão repassados ao consumidor e/ou implicarão menor desempenho empresarial e possível redução de postos de trabalho, em prejuízo ao próprio trabalhador.

13. Por outro lado, assiste razão à autoridade responsável pela norma impugnada quanto à existência de justificativas legítimas para a não

vacinação em alguns casos. Tais justificativas estão previstas no Plano Geral de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (Plano Nacional de Vacinação) e dizem respeito a situações em que a vacinação apresenta risco relevante para a saúde do empregado, tais como: hipersensibilidade aos componentes da vacina, reação anafilática, trombose e síndrome de extravasamento capilar (as duas últimas no caso de alguns imunizantes)[3]. Nessas hipóteses e em outras sobre as quais haja consenso científico, é aceitável que efetivamente se afaste o dever de vacinação, de forma a evitar a discriminação laboral em razão de condição particular de saúde do empregado.

14. É importante, ainda, ter em conta as considerações do Ministério Público do Trabalho sobre a importância de que o empregador incentive os empregados a se vacinarem. Registre-se, por importante, que o poder de rescindir o contrato de trabalho de um empregado, embora seja uma faculdade do empregador, deve ser exercido com moderação e proporcionalidade, em respeito ao valor social do trabalho, funcionando como última *ratio*.

15. As considerações acima demonstram a plausibilidade do direito alegado pelos requerentes e delimitam seu alcance. O perigo na demora é indiscutível uma vez que a pandemia está em curso, que as atividades econômicas precisam ser retomadas e que há que se produzir uma orientação segura sobre as cautelas a serem adotadas pelos empregadores.

III. Conclusão

16. Diante do exposto, voto pelo **referendo da cautelar**, a fim de suspender os dispositivos impugnados, com ressalva quanto às pessoas que têm expressa contraindicação médica, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra COVID-19 ou em consenso científico, para as quais deve-se admitir a testagem periódica.

17. Determino o apensamento das ADPFs 898, 900, 901 e 905, para tramitação conjunta. Publique-se. Intime-se pelo meio mais expedito à disposição.

Notas:

[1] BRASIL. Ministério da Saúde. Coronavírus, 10.11.2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/> .

[2] World Health Organization. COVID-19 advice for the public: Getting vaccinated, 14.07.2021. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines/advice>; European Centre for Disease Prevention and Control. ECDC Technical Report, 29.03.2021. Disponível em: <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Risk-of-transmission-and-reinfection-of-SARS-CoV-2-following-vaccination.pdf> .

[3] BRASIL. Ministério da Saúde. Plano Geral de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19. 11.ed., 07.10.2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view><https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view> .

Plenário Virtual - minutas de voto - 27/03/2021 00:00