



O EMPREGADOR PODE EXIGIR A APRESENTAÇÃO DE PASSAPORTE VACINAL CONTRA COVID-19?

Fábio Gondinho de Oliveira*

RESUMO: O empregador possui o direito/dever de exigir do empregado comprovante de vacinação contra Covid-19? Constatada a recusa ou que, de fato, o empregado não tomou a vacina, pode o empregador demitir o empregado por justa causa ou sequer contratá-lo? Este artigo busca verificar a possibilidade de conformação de relações jurídicas privadas em nome da efetivação de direitos fundamentais. A hipótese que se busca ver confirmada é que o Min. Barroso, ao buscar resolver colisões de princípios, faz uso de argumentos estratégicos e seletivos, construindo fundamentações que contrariam precedentes da Corte e sem fazer uso adequado de técnicas de ponderação de princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais - Passaporte vacinal - Despedida arbitrária ou sem justa causa – Colisão de princípios - Racionalidade decisória.

CAN THE EMPLOYER REQUIRE THE PRESENTATION OF A VACCINATION PASSPORT AGAINST COVID-19?

ABSTRACT: Does the employer have the right/duty to require proof of vaccination against Covid-19 from the employee? If the refusal is confirmed or that, in fact, the employee did not take the vaccine, can the employer fire the employee for just cause or even hire him? This article seeks to verify the possibility of forming private legal relationships in the name of realizing fundamental rights. The hypothesis we seek to see confirmed is that Min. Barroso, when seeking to resolve clashes of principles, makes use of strategic and selective arguments, constructing grounds that contradict the Court's precedents and without making adequate use of techniques for balancing principles.

* Doutorando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, com ênfase no estudo de mecanismos de efetividade dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA.





KEYWORDS: Horizontal effectiveness of fundamental rights - Vaccine passport - Arbitrary or unfair dismissal - Collision of principles - Decision-making rationality.

INTRODUÇÃO

Encontra-se inserido na órbita de gestão do empreendimento e da autonomia gerencial do empregador o poder de exigir do empregado a apresentação de documentos comprobatórios de vacinação? Constatada a recusa ou que, de fato, o empregado não tomou a vacina contra a Covid-19, por exemplo, pode o empregador demitir o empregado por justa causa ou sequer contratá-lo?

Os questionamentos apresentados acima ganham especial relevância no atual contexto pandêmico, em que se aponta o embate de direitos de grandeza constitucional abstratamente equivalentes, quais sejam: liberdade de consciência/expressão, e direito a igualdade (tratamento não discriminatório) vs. direito à vida/saúde e a um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Este artigo tem por objeto a verificação prática da possibilidade de conformação de relações jurídicas privadas em nome da efetivação de direitos fundamentais. A hipótese que se busca ver confirmada ou refutada é que o Min. Luís Roberto Barroso, ao buscar resolver supostas colisões de princípios, faz uso de argumentos estratégicos e seletivos, construindo fundamentações que contrariam precedentes da Corte e sem fazer uso adequado das técnicas de ponderação de princípios.

Neste momento, é oportuno destacar que a metodologia da pesquisa científica utilizada no trabalho é a teórica, através da revisão narrativa que direcionou a pesquisa bibliográfica exploratória, implementada pela leitura de artigos científicos disponíveis na internet, em leis e em livros doutrinários.

Objetivando contextualizar a polêmica, além de conferir reforço metodológico à pesquisa, o presente artigo busca, com o uso da técnica de análise de conteúdo, examinar o texto da PORTARIA MTPS N° 620/2021, bem como da fundamentação utilizada pelo Min. Luís Roberto Barroso para deferir, monocraticamente, a medida cautelar vindicada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 898/DF, que suspendeu, por exemplo, a eficácia da proibição imposta ao empregador de exigir quaisquer documentos supostamente discriminatórios ou obstativos para a contratação de





trabalhadores ou para a manutenção de seu vínculo empregatício, especialmente a exigência de comprovante de vacinação, também chamado de passaporte vacinal. Para tanto, este trabalho será desenvolvido em três momentos, que consistirão, basicamente: a) na apresentação de conceitos indispensáveis à devida compreensão do tema; b) na análise da fundamentação construída pelo Min. Barroso para justificar a suspensão da eficácia dos dispositivos questionados; e, por fim, c) na apresentação de conclusões formuladas a partir dos achados da pesquisa.

1 A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental: contornos, conceitos e contextos indispensáveis à análise do tema

O art. 7º, inciso I da Constituição Federal estabelece como direito fundamental social de trabalhadores urbanos e rurais a proteção do vínculo empregatício contra demissões arbitrárias ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (BRASIL, 1988). Seguindo o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal (STF), o dispositivo constitucional mencionado deve ser interpretado com menor amplitude do que uma primeira leitura poderia sugerir. Interpretado de maneira sistemática, a exigência de lei complementar (que até hoje não foi elaborada), à luz do disposto no art. 10 do ADCT, refere-se, tão somente, a forma como deve ocorrer a indenização do trabalhador que for demitido de maneira arbitrária ou sem justa causa, uma vez que o dispositivo mencionado dispõe, *in litteris*, que:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 ;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (Vide Lei Complementar nº 146, de 2014)

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.





§ 2º Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador.

§ 3º Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período. (BRASIL, 1988)

A despeito da exigência de lei complementar acima noticiada, prevalece o entendimento de que a norma constitucional insculpida no inciso I, art. 7º, da Constituição Federal é de eficácia imediata, devendo ser observada por entidades públicas e privadas (ALMEIDA, 2010). No tocante, especificamente, ao poder de vincular particulares, Almeida (2012) destaca que a proteção da relação trabalhista contra a despedida arbitrária ou sem justa causa vincula negativamente o empregador, como expressa materialização da eficácia horizontal do direito fundamental social. No mesmo sentido, Steinmetz (2004, p. 261-262) ao exemplificar o dever de observância à proteção laboral aludida, relembra os casos de demissões de trabalhadores portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) que foram consideradas discriminatórias e, portanto, ofensivas aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Mas como devem ser compreendidas as expressões “despedida arbitrária” e “despedida sem justa causa”?

A despedida sem justa causa aparenta ser mais fácil de ser definida. Como destacado pelo Min. Ilmar Galvão (BRASIL, 1997), a justa causa encontra seus parâmetros legais estabelecidos no art. 482 da CLT, ao dispor que:

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (BRASIL, 1943)

Assim, deve ser considerada como sem justa causa toda e qualquer hipótese de demissão que encontre como justificativa conduta supostamente perpetrada pelo empregado que não se encontre contemplada no rol exaustivo do art. 482 da CLT.

Ainda acerca da correta definição dos termos, Almeida (2012) aponta a existência de uma importante distinção subjetiva. Segundo o autor, a proteção da relação de emprego

contra a despedida arbitrária guarda referência à hipótese da despedida de uma pluralidade de trabalhadores, fenômeno conhecido como demissão em massa, medida que seria justificada pela existência de causas de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural capazes de comprometer a própria viabilidade da atividade econômica desenvolvida pelo empregador. Por outro lado, a proteção contra a demissão sem justa causa refere-se à hipótese da despedida individual, que teria como justificativa a prática de falta disciplinar ou contratual não enquadrável no rol do 482, da CLT.

Neste contexto, com o suposto objetivo de proteger as relações trabalhistas, robustecendo, assim, o direito fundamental do empregado contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) editou a Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021, com o fito de impedir que o empregador se certifique sobre a vacinação de seus empregados, para fins de admissão no emprego ou para a sua manutenção, como é possível de se observar da transcrição de alguns dos dispositivos objurgados (BRASIL, 2021a):

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar,





deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995.

§ 1º Ao empregador é proibido, na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez.

§ 2º Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação.

.....
Art. 3º Com a finalidade de assegurar a preservação das condições sanitárias no ambiente de trabalho, os empregadores poderão oferecer aos seus trabalhadores a testagem periódica que comprove a não contaminação pela Covid-19 ficando os trabalhadores, neste caso, obrigados à realização de testagem ou a apresentação de cartão de vacinação (Grifou-se). Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos termos do art. 1º da presente Portaria e da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:
I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;
II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Importante destacar que a Portaria nº 620/2021 do MTPS foi publicada pouco depois de a Prefeitura de São Paulo ter iniciado demissões de funcionários comissionados que não apresentaram o chamado “passaporte vacinal”.

É inegável que os ditames da portaria ministerial limitam direitos e poderes dos empregadores, invocando direitos e garantias fundamentais insculpidos na própria Constituição Federal, materializando a irradiação de seus efeitos na perspectiva horizontal dos vínculos jurídicos, vinculando particulares à observância de direitos fundamentais. Cabe averiguar, entretanto, se tal limitação se deu de maneira constitucional. Para tanto, passa-se, a seguir, à análise da fundamentação construída para suspender cautelarmente a eficácia dos dispositivos apontados como inconstitucionais nas ADPF's 898, 900, 901 e 904, apresentadas no Supremo, respectivamente, pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e Novo.

2 Análise de conteúdo da decisão do Min. Barroso



Para que a análise de conteúdo, enquanto método de pesquisa científica, seja implementada de maneira minimamente satisfatória, indispensável se faz, neste momento, a transcrição da fundamentação utilizada pelo Min, Barroso para deferir a medida cautelar postulada nos autos da ADPF nº 898/DF, que suspendeu a eficácia de trechos da Portaria nº 620/2021 do MTPS, que impediam a demissão (ou a não contratação) de trabalhadores não vacinados contra a Covid-19, nos termos a seguir:

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. 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. 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.

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”).

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.

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).

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.

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. 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.

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.

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.

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. 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. 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.



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. (BRASIL, 2021b).

Da simples leitura dos argumentos construídos pelo Min. Barroso, é possível concluir que o deferimento da medida cautelar vindicada encontra-se lastreada em, basicamente, seis justificativas que estão organizadas no quadro abaixo:

1. Empregado não vacinado é ameaça à saúde dos demais, além de representar risco à segurança e à saúde do meio ambiente laboral (art. 225, da CF e art. 7º, XXII, da CF);
2. Mitigação, sem lei em sentido formal, do poder de direção do empregador;
3. Flexibilização, sem lei em sentido formal, da condição de subordinação do empregado;
4. Ao não se vacinar contra Covid-19 o empregado pode praticar ato de insubordinação ou indisciplina, o que justificaria sua demissão com justa causa (art. 482, <i>h</i> , da CLT);
5. A extinção imotivada do contrato de trabalho constitui direito potestativo do empregador;
6. Exigir comprovante de vacinação não configura discriminação por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade ou gravidez.

Quadro 1. Argumentos utilizados para justificar o deferimento da medida cautelar na ADPF nº 898/DF

Apesar de concordar com o entendimento de que a presença de empregado não vacinado configura ameaça para a saúde dos demais trabalhadores no ambiente de trabalho e para a saúde do público com o qual a empresa interage, é possível demonstrar o equívoco de alguns argumentos utilizados na decisão. O primeiro deles e, talvez, o mais grave de todos, está na completa subversão da correta exegese do disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal. Ao afirmar que extinção imotivada do vínculo de trabalho, sem justa causa, constitui direito potestativo do empregador encapsulado no dispositivo constitucional mencionado, a decisão vai de encontro à jurisprudência histórica dos Tribunais Superiores, além de ignorar o *locus* constitucional em que a norma





habita: o capítulo dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. A proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, jamais pode ser interpretada como fundamento constitucional do direito potestativo do empregador de promover a extinção imotivada das relações laborais. Ao revés, o art. 7º, inciso I, da CF, deve ser percebido como sendo a mitigação do direito potestativo do empregador de extinguir imotivadamente contratos de trabalho. Tal dispositivo pode, inclusive, justificar a nulidade da demissão e a reintegração do empregado, se restar configurado o caráter discriminatório, tal como fora destacado por Steinmetz (2004, p. 261-262).

Os demais argumentos podem ser agrupados em três grupos de justificações: i) os argumentos que apontam a existência de colisão de princípios; ii) os que apontam vícios formais; e iii) o que aponta a inexistência de critério discriminatório.

Quanto aos argumentos que apontam a existência de colisão de princípios, não se verifica, ao longo de toda a fundamentação da decisão monocrática, a utilização das etapas *alexynas* da ponderação, corroborando o equívoco metodológico denunciado por Virgílio Afonso da Silva (2002) ao investigar acerca do proporcional e do razoável na jurisprudência do STF. A não utilização da técnica tedesca não representa, por si só, um grave problema, de proporções insuperáveis. O problema reside na falta de critérios de controle da motivação utilizada. Reside no déficit de racionalidade decisória, na medida em que se afirma que o direito da coletividade dos trabalhadores deve preponderar frente ao direito individual do trabalhador de não se vacinar. Que fique mais uma vez bem claro que esta pesquisa não discorda da medicina baseada em evidências ou com o entendimento de que a presença de empregado não vacinado configura ameaça para a saúde dos demais trabalhadores no ambiente de trabalho e para a saúde do público com o qual a empresa interage. Todavia, este argumento genérico não pode ser utilizado como razão suficiente para afastar o exercício de qualquer direito fundamental individual. O problema que se aponta é de técnica e de rastreabilidade do conteúdo da resolução da colisão de princípios.

Já em relação aos argumentos que apontam vícios formais, a decisão aparenta possuir maior acerto. Entretanto, mesmo eles não se mostram completamente livres de críticas. É correto afirmar que direitos/poderes devem ser limitados por lei em sentido formal, afinal, ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em





virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CF). Por outro lado, o STF, em mais de uma ocasião, já proferiu decisões flexibilizando tal exigência, quando, por exemplo, o ato formalmente equivocado visava conferir maior proteção a direito fundamental, ou quando as restrições constantes do ato sem envergadura legal são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela própria Constituição Federal. Este foi o raciocínio construído pelo STF ao declarar a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2008).

O raciocínio desenvolvido foi circular (tautológico). O art. 7º, I, da CF, prevê o direito potestativo do empregador de demitir sem justa causa, desde que indenize; o poder de gestão do empreendimento decorre do princípio da livre iniciativa, restringível apenas por lei em sentido formal; o direito ao ambiente de trabalho saudável e seguro é direito fundamental coletivo que deve preponderar frente a direitos individuais, portanto, portaria que o impossibilite possui vício formal. A conclusão poderia ser outra se se partisse da premissa de que o art. 7º, I, da CF, prevê direito fundamental social do trabalhador.

Por fim, ao afirmar não possuir caráter discriminatório a exigência de comprovante de vacinação, a decisão se limita a dizer que não é possível realizar a comparação entre a exigência de vacinação e a discriminação por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade ou gravidez. Os fatores de discriminação não interferem sobre o direito à saúde ou à vida dos demais empregados da companhia ou de terceiros. Já a falta de vacinação seria capaz de interferir. Mais uma vez se deixa claro que esta pesquisa não discorda da medicina baseada em evidências ou com o entendimento de que a presença de empregado não vacinado configura ameaça para a saúde dos demais trabalhadores no ambiente de trabalho e para a saúde do público com o qual a empresa interage. O que aqui se questiona é a racionalidade dos critérios decisórios utilizados para o deferimento da medida cautelar que suspendeu a eficácia de parte da Portaria nº 620/2021 do MTPS.

Entende-se que, ao afastar o caráter discriminatório da exigência de comprovante de vacina, o Min. Barroso não rechaçou, por exemplo, a possibilidade da recusa do empregado de se vacinar decorrer de convicção política, de liberdade religiosa ou de expressão. Seria indispensável partir desta premissa para se traçar o correto contorno demarcatório de tais direitos fundamentais individuais, bem como para que fosse operado, de maneira minimanete satisfatório, o sopesamento de tais princípios.





Deixando de lado um pouco a análise do conteúdo da decisão proferida pelo Min. Barroso, acredita-se que o caso poderia ser resolvido com o uso de métodos simples de subsunção, passando ao largo de profundos debates principiológicos. Esta crença baseia-se no fato de que a própria CLT, em seu art. 158, II, estabelece como dever do empregado colaborar com o empregador na aplicação de medidas de segurança e de medicina do trabalho, e de seu parágrafo único, alínea *a*, ao instituir ser ato faltoso do empregado a recusa injustificada à observância das instruções expedidas pelo empregador que objetivem evitar doença ocupacionais. Diante da expressa disposição legal apontada, a impossibilidade de exigir comprovante de vacinação para a contratação ou para a manutenção da relação trabalhista, por estar prevista em portaria ministerial, deveria resultar no reconhecimento de sua manifesta ilegalidade.

Em estudo pretérito, no qual o fenômeno decisório foi abordado a partir da análise de decisões autocontidas e de sua (in)eficácia no controle do ativismo judicial (OLIVEIRA, 2020), a discricionariedade decisória foi abordada. Nele se destacou que Bezerra Neto (2019) ao buscar analisar quais são as “regras do jogo”, ou a completa inexistência de regras, dentro da dinâmica do voluntarismo judicial, destaca que ele guarda relação com a postura decisória do magistrado que, diante de situação de discricionariedade judicial, realiza a construção de sentido dos enunciados normativos a partir de critérios próprios, de sua exclusiva escolha, ditados apenas por sua vontade. Ainda segundo o autor, o juiz voluntarista deve ser compreendido como sendo aquele que não se vale de elementos objetivos presentes ou admitidos no ordenamento jurídico para lidar com os casos em que a discricionariedade judicial se faz presente (OLIVEIRA, 2020).

O Voluntarismo Judicial não consiste em um fenômeno, ou em uma característica decisória, que possui a sua origem em momento histórico contemporâneo ao Neoconstitucionalismo (OLIVEIRA, 2020). Neste sentido, Bachur (2002) destaca, ao apontar as razões de superação metodológica do Positivismo, que:

(...) sempre existirão lacunas, que não significam um vácuo jurídico, mas apenas sua inexperiência diante de determinadas situações que não foram, porque não o podiam ser, previstas pelo legislador. No entanto, nestas situações limite, não se esquivava o juiz da decisão do caso concreto, quer dizer, o juiz tem necessariamente de eliminar o conflito, mesmo não reconhecendo a





existência das lacunas. Dessa forma, à luz do princípio da proibição do *non liquet* o preenchimento de tais lacunas é necessariamente feito pelo juiz, sem qualquer padrão de controle ou de justificativa, o que permite que certas decisões sejam tomadas alheias ao Direito por se fundarem em elementos fáticos exteriores ao ordenamento e, portanto, incontroláveis e muitas vezes injustificáveis (BACHUR, 2002, p. 656).

Apesar de o Neoconstitucionalismo não o preceder, por suas características essenciais, ele se apresenta como um catalisador de decisões judiciais voluntaristas, ocasionando o que Bachur (2002) denomina de serendipidade jurisprudencial, impedindo, assim, que a jurisprudência nacional seja sólida e consistente.

O fenômeno da seletividade/voluntarismo decisório mostra-se fartamente detectável. Uma simples consulta ao campo de busca de jurisprudência dos mais diversos tribunais (incluindo os Superiores) é suficiente para apresentar a constatação empírica necessária. O exercício mencionado foi realizado por este autor na dissertação “Não levando a sério a autocontenção judicial como limite à Jurisdição Constitucional” (OLIVEIRA, 2020). Nela se constatou que um dos casos paradigmáticos que bem exemplifica a situação apontada refere-se à possibilidade de leis de efeitos concretos serem objeto de controle abstrato de constitucionalidade por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade (OLIVEIRA, 2020, p. 83).

Acerca do tema mencionado, o entendimento que predominava inicialmente era no sentido de reconhecer a impossibilidade de lei com efeito concreto ter sua constitucionalidade abstratamente questionada (BRASIL, 2001). A justificativa construída sustentava que, apesar de formalmente chamada de lei, de lei não se tratava, mas sim de verdadeiro ato administrativo, por lhe faltar os atributos da generalidade e abstração (BRASIL, 1995). No ano de 2008, no entanto, ao julgar a ADI nº 4.048-1 (BRASIL, 2008), o Supremo passou a entender que o legislador constituinte, ao estabelecer que o controle abstrato de constitucionalidade pode incidir sobre a lei e o ato normativo, estabeleceu uma distinção de densidade, que a lei não precisa de densidade normativa para ser exposta ao controle abstrato de constitucionalidade. E que a natureza genérica e abstrata apenas deve ser exigida dos atos normativos (BRASIL, 2008).

É certo que as cortes estão plenamente autorizadas a mudar os seus entendimentos, por mais consolidados que pareçam ser. A situação atualmente constatada no âmbito do STF, entretanto, não é de ocorrência efetiva de superação do entendimento pela





impossibilidade de controle abstrato de leis de efeitos concretos (OLIVEIRA, 2020). O que se verifica é a ausência absoluta de parâmetros para a utilização de uma ou de outra orientação decisória, conforme se observa dos seguintes julgados: i) admitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: RE nº 1255096, julgado em 31/03/2020, RE nº 1168462 AgR, julgado em 02/12/2019, e a ADI nº 4048 MC, julgado em 14/05/2008; ii) inadmitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: ARE nº 1240047, julgado em 19/03/2020, ADI nº 6253/GO, julgada em 25/05/2020, e o RE nº 1200357, julgado em 20/05/2019 (OLIVEIRA, 2020, p. 84).

Conclusão

O presente artigo buscou investigar acerca da possibilidade de, através de portaria ministerial, impor limitações ao direito potestativo do empregador de exigir comprovante de vacinação para a contratação de trabalhadores ou a manutenção de seus vínculos empregatícios. Para tanto, aplicou-se a análise de conteúdo em decisão monocrática que suspendeu a eficácia das limitações mencionadas por serem inconstitucionais.

Afirmou-se logo na introdução que o objeto deste artigo seria a verificação prática da possibilidade de conformação de relações jurídicas privadas em nome da efetivação de direitos fundamentais. A hipótese que se buscou ver confirmada foi que a implementação da eficácia horizontal de direitos fundamentais ao invés de superar colisões de princípios, faz uso de argumentos estratégicos e seletivos, construindo fundamentações que contrariam precedentes da Corte, sem fazer uso adequado das técnicas de ponderação de princípios. Com a aplicação do método científico mencionado verificou-se a confirmação da hipótese.

Da análise do *Quadro 1* é possível concluir que a argumentação construída apresenta severo déficit de racionalidade argumentativa quando compreendida como sendo o grau de rastreabilidade/controlado da fundamentação utilizada para o deferimento da medida cautelar pleiteada. A utilização da técnica de análise de conteúdo da decisão torna impossível desvelar o manejo de eventuais razões de ordem política na decisão, uma vez que, para a investigação deste aspecto decisório, a análise de discurso é que se apresenta como técnica adequada.





REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2010, p.143-149.

_____, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Campinas: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 40, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, v. 4, n. 13, p.71-91, 2009b.

_____, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Org.). Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: UFV, 2014.

_____, Luís Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, 2017.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo? Revista Consultor Jurídico, 2019.

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. Indiana: Bobbs-Merrill, 1986.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.





BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Conflitos entre Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho*. Decreto-lei Nº 5.452. Brasília: Presidente da República, 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 14/11/2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidente da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 12/11/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Proteção contra despedida arbitrária. Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.721-3. Distrito Federal. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 19/12/1997. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347233>. Acesso em: 16/11/2021.

_____. Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2008. Proíbe a contratação, para cargos em comissão ou função gratificada, de parentes até o terceiro grau de magistrados e de servidores em cargos de chefia e direção em todas as esferas da Justiça brasileira. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187>. Acesso: 16/11/2021.

_____. Portaria nº 620 do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Brasília: Presidente da República, 2021a. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso: 12/11/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Decisão monocrática): Suspensão de dispositivos de portaria ministerial que proibia a demissão ou não contratação de empregados sem comprovante de vacinação. Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 898. Distrito Federal. 2021b. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 12/11/2021. Disponível <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF898Liminar.pdf>. Acesso em: 16/11/2021.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal of Public Law*. London, v. 6, 1957.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.





DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALLON, Richard. Law and legitimacy in the Supreme Court. Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Universitas Jus, n. 21, 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GOMES NETO, Mario Wanderley; FEITOSA, Raymundo Juliano do Rego; SANTOS FILHO, Moacir Ferreira dos; PACÍFICO, Natália Maria Grassano Caldas. Litígios esquecidos: análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 4, n. 2, p. 75-86, 2017.

GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. Harrard Lam Reiem, Cambridge, v. 79, p. 1551, 1966

HAI DT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reasonin, judgment, and the search for evidence. Alabama Law Review, v. 64, 2013.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the originns and consequences of the new constitutionalim. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

IRONS, Peter. Making Law: The Case for Judicial Activism. Valparaiso University Law. v. 24, n.1, 1989.

KMIEC. Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. Calif. L. Ver, n. 1441, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em 14/09/20.

LANDAU, David. Derechos sociales y limites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudência de la corte constitucional Colombiana em el derecho comparado. Traduzido por Maria José Viana Chaves. Espanha: Universidad Externado, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.





LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392018000100221&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08/10/2020.

LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. *Rev. bras. Ci. Soc.*, v. 29, n. 84, 2014.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Torres Nafarrate. Cidade do Mexico: Universidad Iberoamericana. 2002.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da ‘Revolução Juciária’. *Insight inteligência*, v. 79, p. 158-180, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Claredon Series, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Life How It Is: Strategic Behavior in the Courts. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 8, n. 2, 2018.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, p. 90-108, 2000.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

NEUBORNE, Burt. Formalism, Functionalism, and the Separation of Powers. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 22, n. 1, p. 45-52, 1998.

NOJIRI, Sérgio. *O direito e suas interfaces com a psicologia e com a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

NOVELINO, Marcelo. *A influência de fatores extrajudiciais nas decisões do STF*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Fábio Gondinho de. (Não) Levando a sério a autocontenção judicial como limite à jurisdição constitucional. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito





Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

