

## **BREVÍSSIMA ANÁLISE SOBRE A PORTARIA 620/2021 DO MTE**

### **1 - Introdução**

No dia 01/11/2021, a comunidade jurídica trabalhista em geral foi surpreendida com a publicação da Portaria de número 620, oriunda do atual Ministério do Trabalho e Previdência. A Portaria prevê, em suma, a vedação pelo empregador de adoção de práticas discriminatórias na admissão ou na manutenção do emprego, com a exigência de quaisquer documentos segregadores ou obstativos, especialmente cartão de vacinação, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez. Enquadra, portanto, como prática discriminatória a exigência de cartão de vacinação ou qualquer outro tipo de demonstração de regularidade da vacina.

“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.”

A Portaria estabelece, ainda, a possibilidade do empregador adotar orientações ou protocolos com a indicação das medidas necessárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho.

Também, a possibilidade do oferecimento de 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:

“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.

Parágrafo único. Aplicam-se os demais normativos e orientações do Ministério da Saúde e do Trabalho e Previdência quanto à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho.”

Finalmente, prevê que a terminação da relação de trabalho por ato discriminatório, nos termos do artigo 1º e da Lei 9.029/95, faculta ao empregado o direito de, além de pleitear danos morais, requerer a reintegração com o ressarcimento integral do período de afastamento ou; a percepção, em dobro, da remuneração referente ao período do afastamento:

“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.”

Duas são as análises primordiais para a melhor compreensão do texto portarial: a) A análise sob o aspecto objetivo (material) e; b) A análise sob o aspecto subjetivo (formal).

## **2 - Análise formal da Portaria 620/2021.**

Antes da análise da questão material (objetiva), no sentido de ser ou não legítima a exigência de vacinação para a manutenção da relação de emprego ou contratação de empregado, é importante entender seus aspectos formais que, antes de tudo, lhe erigem validade.

O sistema jurídico constitucional brasileiro é fundamentado na regra da sistemática positiva, onde as leis devem ser escritas. É o que enuncia a regra constitucional da legalidade, quase não enfrentada pela doutrina:

“Art. 5º .....  
I...

I...

II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;**” (original sem grifo)

Diante da regra constitucional de direito fundamental acima destacada a Constituição da República, em seu artigo 22, regulamenta a competência da união para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, *verbis*:

“Art. 22. **Compete privativamente à União legislar sobre:**

I - **direito** civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e **do trabalho;**” (original sem grifo)

Finalmente, o artigo 87 da mesma Constituição, estabelece as competências dos Ministros de Estado e os seus consequentes limites, *verbis*:

“Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. **Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:**

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - **expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;**” (original sem grifo)

Não obstante a Portaria parecer não se enquadrar como fonte formal do Direito, pela regra do artigo 59 da CRFB, ela não pode violar regras decorrentes das fontes formais diretas, entre elas:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.”

De todo escopo já demarcado extrai-se, resumidamente, que a regra constitucional estabelece que o sistema é positivo (regra da legalidade), competindo privativamente a União, legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho e, a competência do Ministro de Estado não pode extrapolar a expedição de instruções – que podem ser em forma de Portarias como a ora examinada – tutoreando a execução das leis, decretos e regulamentos.

De prima, extrai-se da redação do artigo 1º, § 1º da norma *sub examem*, que ela extrapola o exercício do poder regulamentar atribuído pela Constituição Federal ao Ministro de Estado, porque cria condição caracterizadora do ato discriminatório, como se alterando a regra do artigo 1º da Lei 9.029/95 citado, inclusive, pelo *caput* do mencionado artigo portarial.

Padece do mesmo vício de constitucionalidade o § 2º do artigo da Portaria, vez que cria hipótese de enquadramento de ato discriminatório, a exigência de certificado de vacinação aos empregados das empresas e nos processos seletivos, hipótese também não contemplada, seja pela lei 9.029/95, seja por outra qualquer regra legal de competência da União.

Finalmente, o artigo 4º da normativa em análise estabelece que, o empregador que dispensar os seus empregados sob a pecha da negativa de vacinação terá, como penalidade, o dever de reparar o empregado em danos morais e, além disso, ser condenado, ou a reintegrá-lo com o pagamento de salários de todo o período de afastamento ou, a lhe pagar em dobro os valores devidos neste período, sem a obrigação de reintegrá-lo, o que também, de prima, parece extrapolar a regra constitucional que estabelece o limite do exercício do poder regulamentar dos Ministros de Estado.

Todavia, para que a ideia da inconstitucionalidade seja corroborada e tenha maior solidez é possível analisar a atividade executiva e a matéria nela trazida com outras ressalvas.

Observando a regra do artigo 87, parágrafo único, II da CRFB, é possível elastecer o entendimento de que as hipóteses de dispensa discriminatória contidas no elenco do artigo 1º da Lei 9029/95 não são taxativas mas, meramente exemplificativas, podendo dar azo a constitucionalidade formal da Portaria. Vejamos:

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. \(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) (original sem grifo)

A doutrina e a jurisprudência das mais altas Cortes, já trataram das hipóteses onde a lei estabelece róis taxativos ou meramente exemplificativos. Segundo Plácido e Silva<sup>1</sup>, taxativo vem de taxar; assim se diz para tudo o que é determinado de modo expresso, ou de modo restrito, para que não se permita qualquer ampliação, ou generalidade. Taxar é fixar, impor limites. O taxativo é o fixado e restrito. Continua o saudoso jurista:

“O sentido de taxativamente opõe-se ao de exemplificadamente, pelo que, o que se mostra taxativo é reduzido ao expresso, ao limitado, na indicação, não permitindo qualquer interpretação extensiva, oriunda do análogo, ou do semelhante. Em Direito, o que se estabelece ou se institui de modo taxativo, ou taxativamente, é expresso, é limitado, é restrito ao que está anunciado ou estabelecido.”

Utiliza-se, também a expressão latina *numerus clausus* para designar que o determinado rol é taxativo. Nas palavras de Humberto Piragibe Magalhães, *numerus clausus* é a locução empregada para exprimir que a enunciação é enumerativa, não exemplificativa e, por isso, não admite acréscimo.

Tem-se, por isso, que diferentemente do rol taxativo (*numerus clausus*) temos o rol exemplificativo (*numerus apertus*) onde neste, o legislador deixa ao operador a oportunidade de sua ampliação na interpretação e, naquele, não.

Em regra, quando o legislador cria um rol exemplificativo, como é o caso do artigo 1º da Lei 9.029/95, utiliza expressões que deixam clara a possibilidade de ampliação de seu conteúdo, tais como “entre outras”, “além de outras hipóteses”, etc.

Uma questão que se aventa nesta hipótese é se, numa norma de natureza meramente exemplificativa, há ou não extrapolação do limite do poder regulamentar regrado pela Constituição Federal em seu artigo 87, pelo Ministro de Estado, quando, cria outras hipóteses legalmente não restrita pela lei. Parece primordial, para a solução, entender o conceito de Portaria.

---

<sup>1</sup> SILVA. De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1367.

A Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – conceitua Portaria<sup>2</sup>:

“Portaria é um documento de ato administrativo de qualquer autoridade pública, que contém instruções acerca da aplicação de leis ou regulamentos, recomendações de caráter geral, normas de execução de serviço, nomeações, demissões, punições, ou qualquer outra determinação da sua competência.”

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – conceitua<sup>3</sup>:

“Ato por meio do qual o titular do órgão determina providências de caráter administrativo, visando a estabelecer normas referentes à organização, à ordem disciplinar e ao funcionamento de serviço ou procedimentos para o(s) órgão(s) e entidade(s) da Administração Pública, bem como para nortear o cumprimento de dispositivos legais e disciplinares.”

O Tribunal Superior Eleitoral – TSE - assim conceitua<sup>4</sup>:

“Portaria é o ato emanado de ministro de Estado, secretário de Estado, dirigente de entidade da administração pública federal, presidente ou diretor-geral de Tribunal, com o objetivo de instruir sobre assuntos de natureza predominantemente administrativa, especialmente os relativos à gestão de pessoas (administração, exoneração, designação, delegação de competência, elogio, punição, etc.), e, também, para tratar da organização e do funcionamento dos serviços da repartição. A portaria é usada ainda para orientar os servidores na aplicação de textos legais, **além de disciplinar matéria não regulada em lei.**” (original sem grifo).

A Agência Brasília<sup>5</sup>:

“Instrumento por meio do qual secretários estabelecem determinações para seus subordinados, com o objetivo de executar leis e serviços. As portarias servem, entre outras coisas, para designar servidores para funções e cargos secundários, aplicar medidas de ordem disciplinar e abrir sindicâncias e processos administrativos. Apesar de serem atos internos, também podem atingir a população — por exemplo, no caso das portarias que fixam taxas.”

---

<sup>2</sup> <https://legislacao.ufsc.br/conceitos/>, retirado em 03/11/2021, às 13:16.

<sup>3</sup> [https://www.rsirius.uerj.br/pdfs/modelos\\_documentos/08\\_exposicaoMotivos.pdf](https://www.rsirius.uerj.br/pdfs/modelos_documentos/08_exposicaoMotivos.pdf), retirado em 03/11/2021, às 13:16.

<sup>4</sup> [https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/#:~:text=Portaria%20%C3%A9%20o%20ato%20emanado,%C3%A0%20gest%C3%A3o%20de%20pessoas%20\(administra%C3%A7%C3%A3o%2C](https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/#:~:text=Portaria%20%C3%A9%20o%20ato%20emanado,%C3%A0%20gest%C3%A3o%20de%20pessoas%20(administra%C3%A7%C3%A3o%2C), retirado em 03/11/2021, às 13:16.

<sup>5</sup> <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2016/08/06/entenda-os-termos-mais-usados-na-administracao-publica/>, retirado em 03/11/2021, às 13:16.

O blog do Diário Oficial da União também nos auxilia<sup>6</sup>:

“Com relação à portaria, sua natureza jurídica é classificada como sendo ato administrativo ordinário, ou seja, ato que tem como finalidade disciplinar o funcionamento da Administração Pública ou a conduta de seus agentes.

Sendo assim, as portarias devem ser indicadas pelos chefes dos órgãos públicos, que as direciona aos seus subordinados, determinando a realização de atos especiais ou gerais. Logo, elas auxiliam a necessidade do administrador na execução do texto legal. Já que são criadas para regulamentar a prática de uma lei, da Constituição Federal, decreto, regulamento ou outros atos normativos superiores.

Contudo, há duas modalidades de portarias: as gerais e as internas. Conforme a finalidade da ordem ou ações a serem executadas, é inserida diante dos critérios abaixo:

**portarias gerais** são aquelas que tratam de instrução destinada a uma categoria de funcionários ou administrados;

**portarias especiais** são as que se dirigem a situações e validades jurídicas específicas, geralmente sobre uma pessoa;

**portarias internas** bastante usadas em prefeituras, órgãos públicos e demais setores da administração, são instruções emitidas por autoridade de alto cargo para os seus subordinados;

**portarias externas** é aquela que atenderá a população geral ou uma classe determinada de pessoas.”

Parece-nos assim, genuinamente, que mesmo diante de uma norma jurídica classificada como sendo meramente exemplificativa em relação às hipóteses legais que contempla, o Agente Público não pode, **por meio de Portaria com abrangência externa** (alcança a população em geral ou a determinada classes de pessoas), criar ou estabelecer regras não contempladas pela Lei.

Isso porque, mesmo o TSE afirmando que “a portaria é usada ainda para orientar os servidores na aplicação de textos legais, **além de disciplinar matéria não regulada em lei**”, nesta caso, a sua classificação é de Portaria Interna, ou seja, as instruções emitidas por autoridade de alto cargo, somente alcançariam seus subordinados.

Veja que o próprio TSE afirma que a Portaria que disciplina matéria não regulada em lei só pode ser usada para orientar os servidores na aplicação de textos legais.

---

<sup>6</sup> <https://blog.diariooficial-e.com.br/dicas-uteis/qual-diferenca-entre-lei-decreto-norma-resolucao-e-portaria/>, retirado em 03/11/2021, às 13:16.

Concluímos, assim, que a Portaria em exame, por possuir natureza jurídica externa em relação à sua incidência, deveria se limitar a orientar na execução da norma legal, ou seja, prescinde a existência de lei anterior que discipline a matéria, não sendo possível que crie hipóteses não trazidas pela lei, ainda que dela conste um rol meramente exemplificativo, sob pena de violação da regra constitucional legislativa de competência da União, assim como, por extrapolar os limites do poder regulamentar dos Ministros de Estado, estabelecidos pelo artigo 87 da CRFB.

### **3 - Análise material da Portaria 620/2021.**

As regras contidas na norma portarial, em relação aos aspectos materiais, convizinham a mesma sorte do que examinamos anteriormente, em relação aos aspectos formais.

Não é uníssona a doutrina no sentido de incluir as Portarias como fontes formais do Direito do Trabalho, não obstante existirem algumas, cujas incidências são externas, ou seja, alcançam toda a população ou determinada gama delas.

Preferimos, por isso, entender que as Portarias integram as fontes do Direito, ante a sua possibilidade regulamentar externa, como prevê o já citado artigo 87, parágrafo único, II da CRFB.

Cabe-nos, agora, classificá-la no que tange a espécie de fonte. Entendemos por incluí-la nas fontes formais de explicitação, junto a analogia, equidade, resoluções, etc...

Categorizando a Portaria como fonte formal de explicitação, pelo critério hierárquico de aplicação das fontes, a ela antecede a lei, doutrina e jurisprudência, pelo que, por óbvios critérios, não pode violá-las.

A despeito da não existência de norma específica que regulamente a situação da exigência de vacinação, é certo que as regras constitucionais fundamentais e garantidoras, atestam a supremacia do coletivo sobre o individual, o que nos faz repensar o próprio conceito de liberdade individual como integrante do conceito de liberdade pública. Auxilia-nos Alberto Nogueira<sup>7</sup>:

**“É a fruição do ser livre, até onde o direito possa assegurar. O binômio integra, em última análise, o direito da liberdade, assim entendido, o de exercer, no conjunto das relações sociais, de agir nos limites próprios e dos outros.**

A liberdade – diferente do que se diz – não termina nos limites do outro. Ela convive com o outro e se multiplica, somando-se “ao outro” e “ao coletivo”. **A liberdade é ter o direito de ser livre “dos outros”.**” (Original sem grifos)

---

<sup>7</sup> NOGUEIRA, Alberto. Jurisdição das liberdades públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 164.  
Rua México, nº 168, grupo, 407/413 – Centro – Rio de Janeiro – Tel. +55 (21) 3490-0001 / 3553 1398  
Rua Pedro Maria Neto, nº 52 – Atarrado – Volta Redonda – Te. +55 (24) 3026-2510  
[www.seabradiniz.com.br](http://www.seabradiniz.com.br)

Neste sentir, esclarece Alberto Nogueira que direitos e liberdades são correlativos, ou seja, não existe liberdade sem direito e nem direito sem liberdade. Podem, contudo, haver liberdades não exercitadas mas, exercitáveis. A liberdade é um instrumento do direito e pode significar apenas uma garantia em exercê-los, ainda que em parte. Esclarece Alberto Nogueira<sup>8</sup>:

“Assim como existe Direito e direitos, há também Liberdade e liberdades. Essas últimas expressam, como ali, as muitas formas e espécies da Liberdade considerada como um conjunto unitário. Na visão plúrima, a Liberdade se identifica facilmente, pois, quando designada, costuma se seguir da preposição **de** ou **para**; de ir, vir, permanecer, escolher, aceitar, recusar, etc. No outro caso, via de regra, por alguma partícula positiva ou negativa, “Aqui há, ou não há, liberdade”. “Não é livre”. “É obrigatório”. “Você tem que fazer”. “Você não pode fazer”, etc.”

Seguindo os ensinamentos do Prof. Jean Marie Bécet, consideramos que para serem chamadas de liberdades públicas, há a necessidade que sejam estabelecidas, asseguradas, regulamentadas pelo Estado, ou seja, consagradas pelo direito positivo:

“Para que uma liberdade pública exista, ela deve ser nomeada na ordem jurídica positiva. Para que ela seja real e que o Estado preencha efetivamente seus “deveres jurídicos” esta ordem deve ser coerente e comportar instituições ou os mecanismos que assegurem preventivamente o respeito dos direitos e liberdades. A garantia jurídica das liberdades públicas na tradição liberal repousou sobre a proclamação dos direitos fundamentais pela Constituição, a organização das liberdades públicas pelo legislador e a afirmação de princípios gerais de direito pelo Conselho de Estado e o Conselho Constitucional.” (BÉCET; COLARD, 1985, p. 25).

O professor Pinto Ferreira, leciona que:

“Os direitos fundamentais assegurados nas constituições formam as chamadas liberdades públicas, que limitam o poder dos entes estatais. São elas: a) as liberdades clássicas ou civis; b) a liberdade política ou liberdade - participação; c) as liberdades concretas, bipartindo-se em liberdades econômicas e sociais.” (FERREIRA, 1989, p. 60).

Materialmente, sobre a vacinação da COVID, decidiu o STF, em 17/12/2020:

#### **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento

---

<sup>8</sup> *Op. Cit.* p. 162.

de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação.

O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas. O exame da matéria foi iniciado na sessão de ontem (16), com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, relator das ADIs.

#### **Direito coletivo**

Em seu voto, apresentado na sessão de hoje, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do ARE 1267879, destacou 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. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de segurança.

Para Barroso, não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros. Ele lembrou que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de uma série de doenças, mas, para isso, é necessário imunizar uma parcela significativa da população, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

O ministro também manifestou-se pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente.

#### **Meios indiretos**

O ministro Nunes Marques, que ficou parcialmente vencido, também considera possível a instituição da obrigatoriedade da vacina contra a Covid-19 pela União ou pelos estados, desde que o Ministério da Saúde seja previamente ouvido, e apenas como última medida de combate à disseminação da doença, após campanha de vacinação voluntária e a imposição de medidas menos gravosas. Ele considera que essa obrigatoriedade pode ser implementada apenas por meios indiretos, como a imposição de multa ou outras restrições legais.

Em relação à recusa em vacinar os filhos, o ministro afirmou que a liberdade de crença filosófica e religiosa dos pais não pode ser imposta às crianças, pois o poder da família não existe como direito ilimitado para dirigir o direito dos filhos, mas sim para proteger as crianças contra riscos decorrentes da vulnerabilidade em que se encontram durante a infância e a adolescência.

#### **Obrigatoriedade dupla**

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a compulsoriedade da realização de vacinação, de forma a assegurar a proteção à saúde coletiva, é uma obrigação dupla: o Estado tem o dever de fornecer a vacina, e o indivíduo tem de se vacinar. Para o ministro Edson Fachin,

nenhuma autoridade ou poder público pode se esquivar de adotar medidas para permitir a vacinação de toda a população e assegurar o direito constitucional à saúde e a uma vida digna. “A imunidade coletiva é um bem público coletivo”, afirmou.

#### **Complexo de direitos**

Segundo a ministra Rosa Weber, eventuais restrições às liberdades individuais decorrentes da aplicação das medidas legais aos que recusarem a vacina são imposições do próprio complexo constitucional de direitos, que exige medidas efetivas para a proteção à saúde e à vida. “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”, argumentou.

#### **Solidariedade**

Ao acompanhar os relatores, a ministra Cármen Lúcia defendeu a prevalência do princípio constitucional da solidariedade, pois o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais. “A Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas”, disse.

O ministro Gilmar Mendes observou que, enquanto a recusa de um adulto a determinado tratamento terapêutico representa o exercício de sua liberdade individual, ainda que isso implique sua morte, o mesmo princípio não se aplica à vacinação, pois, neste caso, a prioridade é a imunização comunitária. Também para o ministro Marco Aurélio, como está em jogo a saúde pública, um direito de todos, a obrigatoriedade da vacinação é constitucional. “Vacinar-se é um ato solidário, considerados os concidadãos em geral”, disse.

#### **Ameaças**

Em voto acompanhando integralmente os relatores, o presidente do STF, ministro Luiz Fux, ressaltou o empenho e o esforço dos ministros para que o julgamento fosse concluído ainda hoje, de forma a transmitir à sociedade segurança jurídica ao tema, frente a uma pandemia que já provocou a morte de milhares de brasileiros. Fux observou que a hesitação quanto à vacinação é considerada uma das 10 maiores ameaças à saúde global, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS).

#### **Teses**

A tese de repercussão geral fixada no ARE 1267879 foi a seguinte: “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”.

Nas ADIs, foi fixada a seguinte tese:

(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.

PR/CR//CF

Leia mais:

16/12/2020 - [Relator considera legítima vacinação compulsória, desde que sem medidas invasivas](#)

- **Processo relacionado: ADI 6586**
- **Processo relacionado: ARE 1267879**
- **Processo relacionado: ADI 6587**

Em 13/05/2021, decidiu o TRT2:

“Empregada de hospital infantil se recusa a tomar vacina contra covid-19 e recebe justa causa

Publicada em: 13/05/2021 / Atualizada em: 13/05/2021

A Justiça do Trabalho de São Paulo validou a dispensa por justa causa de uma auxiliar de limpeza que se recusou a ser imunizada contra a covid-19. A justa causa é a falta grave do empregado que resulta no rompimento unilateral do contrato por parte do empregador. A decisão foi proferida na 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul pela juíza Isabela Flaitt.

A auxiliar de limpeza atuava em um hospital infantil em São Caetano do Sul e buscou reverter a dispensa, alegando que não teve oportunidade de explicar sua decisão. Nos autos, a reclamada, porém, comprovou ter realizado campanhas sobre a importância da vacinação, em especial para os que atuam em áreas críticas do ambiente hospitalar, e juntou advertência assinada pela trabalhadora por recusar a vacina. Outra negativa de vacinação pela mulher ocorreu menos de uma semana depois.

Para a magistrada, é dever do empregador oferecer condições dignas que protejam a saúde, a integridade física e psíquica de todos os trabalhadores que lhe prestem serviços. E ainda: a liberdade de consciência não deve se sobrepor ao direito à vida. "A necessidade de promover e proteger a saúde de todos os trabalhadores e pacientes do Hospital, bem como de toda a população deve se sobrepor ao direito individual da autora em se abster de cumprir a obrigação de ser

vacinada", completou a magistrada. No processo, a trabalhadora não apresentou qualquer motivo médico que justificasse a falta de vacinação.

De acordo com Isabela Flaitt, a empresa cumpriu a obrigação de informar seus empregados sobre como se proteger e evitar possíveis transmissões da doença e, citando pneumologista especialista no assunto, afirmou que a vacina é a única e perfeita solução de controle de uma epidemia do porte da covid-19.

Para balizar sua decisão, trouxe entendimento do Supremo Tribunal Federal, que considerou válida a vacinação obrigatória disposta no artigo 3º da Lei 13.979/2020 (ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.897), além mencionar guia técnico do Ministério Público do Trabalho sobre a vacinação de covid-19, que prevê afastamento do trabalhador e considera falta grave a recusa injustificada em não se vacinar.

Assim, tanto o pedido de reversão de justa causa como o pagamento das verbas decorrentes foram julgados totalmente improcedentes.

Recentemente o MPT emitiu um guia técnico sobre a vacinação do Covid, destinados aos procuradores GUIA TÉCNICO INTERNO DO MPT SOBRE VACINAÇÃO DA COVID - 19, elaborado pelo GRUPO DE TRABALHO NACIONAL - GT - COVID - 19 (págs.63 e 64). O MPT, apresenta como dever a necessidade da empresa informar aos empregados sobre as normas de saúde e segurança do trabalho, nela incluída a vacinação. Somente após esse caminho, se justifica a dispensa por justa causa. Seguem, as orientações:

X - Diante da recusa, a princípio injustificada, deverá o empregador verificar as medidas para esclarecimento do trabalhador, fornecendo todas as informações necessárias para elucidação a respeito do procedimento de vacinação e das consequências jurídicas da recusa;

XI - Persistindo a recusa injustificada, o trabalhador deverá ser afastado do ambiente de trabalho, sob pena de colocar em risco a imunização coletiva, e o empregador poderá aplicar sanções disciplinares, inclusive a despedida por justa causa, como ultima ratio, com fundamento no artigo 482, h, combinado com art. 158, II, parágrafo único, alínea "a", pois deve-se observar o interesse público, já que o valor maior a ser tutelado é a proteção da coletividade.

Todavia, é necessário que a empresa não utilize, como primeira medida para obter a anuência com a vacinação, a possibilidade de despedida por justa causa, pois existe um dever do empregador de ministrar aos empregados informações sobre saúde e segurança do trabalho e sobre a aprovação da vacina pela Anvisa.

Ademais, há um dever de proporcionalidade na aplicação de penalidades, dentro do poder disciplinar do empregador, e de compreensão do contexto intelectual e psicológico do trabalhador em face das informações falsas (fake news) que têm circulado na sociedade.

Desse modo, se houver recusa do empregado à vacinação, a empresa não deve utilizar, de imediato a pena máxima ou qualquer outra penalidade, sem antes informar ao trabalhador a importância do ato de vacinação e as consequências da sua recusa, propiciando-lhe atendimento médico ou psicológico, com esclarecimentos sobre a vacina."

Concluindo este tópico, semelha-nos que o conteúdo material da Portaria, ou seja, a matéria que ela "regulamenta" viola fontes formais diretas e indiretas do Direito, trocando-a inconstitucional, por violar o artigo 59 da CRFB.

#### **4 - E como devem se comportar às empresas?**

Questão claudicante é como deve se comportar as empresas? Permanecem exigindo o comprovante de vacinação, seja para contratar, seja para permanecer nos empregos como açodado pela jurisprudência das Cortes Superiores, ou seguem a Portaria em análise, respeitando o direito individual de cada um dos empregados e selecionados?

Parece evidente a inconstitucionalidade da referida Portaria, por tudo o que até então foi analisado. A norma analisada é, contudo, oriunda do Executivo, o que nos parece não causar nenhum problema em relação à análise de sua constitucionalidade pelo STF.

Isso porque o entendimento da Corte Superior é de que estão também sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo).<sup>9</sup>

Arrematando a questão, o Professor Castanheira A. Neves faz a alusão de que poderá ser objeto de controle de constitucionalidade qualquer ato revestido de indiscutível caráter normativo.

Enquanto as entidades legitimadas não se movimentam para questionar o conteúdo formal e material da Portaria, em eventual demanda judicial é possível requerer a declaração da inconstitucionalidade pelo meio difuso ou, por meio de ação judicial específica, a fim de evitar a perpetuação de demandas ou fiscalizações dos órgãos competentes (MPT e MTE), requerer essa declaração.

Todavia, como a Portaria examinada serve aos subordinados, em não havendo decisão judicial em contrário, é possível que o Órgão Executivo, em seu cumprimento, inicie uma série de fiscalizações e, entendendo ser a hipótese trazida pela portaria, autue a empresa.

---

<sup>9</sup> <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2604391/quais-leis-e-atos-normativos-estao-sujeitos-ao-controle-de-constitucionalidade-joaquim-leitao-junior>, retirado em 03/11/2021, às 14:15.

## **5 - Conclusão**

Topologicamente:

A Portaria 620/2021 prevê, em suma: a) a vedação pelo empregador de adoção de prática discriminatória na admissão ou na manutenção do emprego com a exigência de quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos, especialmente cartão de vacinação, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez. Enquadra, portanto, como prática discriminatória a exigência de cartão de vacinação ou qualquer outro tipo de demonstração de regularidade da vacina:

A Portaria estabelece, ainda a possibilidade do empregador adotar orientações ou protocolos com a indicação das medidas necessárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho.

Também, a possibilidade do oferecimento de 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:

Finalmente, prevê a Portaria que a terminação da relação de trabalho por ato discriminatório, nos termos do artigo 1º e da Lei 9.029/95 faculta ao empregado o direito de, além de pleitear danos morais, a reintegração com o ressarcimento integral do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração referente ao período do afastamento:

Sob o aspecto subjetivo (formal), a portaria parece violar as regras constitucionais da legalidade (artigo 5º, II), da Competência exclusiva da união para legislar (artigo 22, I) e dos limites do exercício da competência do Ministro de Estado (artigo 87, parágrafo único, II),

Não obstante o rol do artigo 1º da Lei 9029/95 ser meramente exemplificativo, pela natureza externa da Portaria, ela não pode criar hipóteses não contempladas pela lei;

Sob o aspecto objetivo (material), à despeito da falta de regra legal, à uníssona a jurisprudência no sentido que não viola direitos individuais – porque o coletivo se sobrepõe a ele – a exigência de vacinação.

As empresas devem entender a forma de agir porque, apesar de parecer inconstitucional a regra portarial tem incidência sobre os subordinados e, por isso, o Executivo pode cobrar das empresas a sua observância sob pena de autuações

O manejo de ação própria que objetive a declaração da inconstitucionalidade e a liberdade da empresa em proteger o coletivo dos trabalhadores, talvez, seja uma boa solução jurídica para evitar fiscalizações e autuações.

É o que nos parece ser,  
Salvo melhor juízo.

**Luiz Calixto Sandes**  
**OAB/RJ. 102.650**