

JUSTA CAUSA INDEVIDA POR RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR À VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19.

Antonio de Pádua Muniz Corrêa¹

Paulo Antonio Papini²

Art. 5º -

VIII - ninguém **será privado de direitos por motivo** de crença religiosa ou **de convicção filosófica ou política**, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Tem sido apregoado por alguns a pena de justa causa ao trabalhador que se negar em vacinar-se contra a covid-19, inclusive com recomendação do próprio Ministério Público do Trabalho. Nada mais enganoso.

Não duvidamos da gravidade da pandemia que abate o mundo, principalmente porque no Brasil já ceifou mais de 500 (quinhentos) mil vidas, sendo imperioso mantermos os cuidados individuais e coletivos para evitarmos a transmissão e o contágio do vírus, por meio do uso de máscaras, do distanciamento e da não-aglomeração e da vacina, pois o vírus é perigoso e mortal.

Contudo, a Constituição deve ser sempre a baliza para criar, impor, restringir, limitar ou extinguir direitos. Por isso, não podemos esquecer-nos do primado da legalidade de que fala o inciso II do art. 5º, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Dito isso, o primeiro questionamento que nos ocorre é acerca da existência de lei impondo a todos a obrigatoriedade de vacinar-se contra a covid-19. Pois muito bem. De logo nos vem à memória a Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que passou a vigorar em 7 de fevereiro de 2020, a qual dispôs do enfrentamento da emergência de saúde pública no Brasil, instalada com a chegada do coronavírus em nosso país. Feito isso,

¹ Mestre e doutorando em Direito, MBA em Direito Civil e Processo Civil, Especialista em Direito Constitucional, Autor dos Livros: “Novo Processo do Trabalho” editado pela LTr e Princípios Fundamentais do Direito Civil: uso inadequado da terminologia, Juiz do Trabalho Titular da 1ª. VT de São Luís - MA, da 16ª. Região.

² Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado e Professor Universitário. Autor de livros e artigos jurídicos.

adveio o Decreto legislativo n. 6, de 20 de março de 2020 e, consoante art. 1º³, **reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, com efeitos operantes até 31 de dezembro de 2020.**

Todavia, o art. 3º da lei supracitada, facultou às autoridades competentes, no âmbito de suas competências, adotarem as medidas de que falam os incisos I e II, ou seja, o isolamento e a quarentena tinham caráter não-obrigatório. Contudo, o inciso III⁴ do mesmo artigo, tornou compulsória a realização de exames médicos, testes de laboratório, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos.

Como se constata, torna-se imprescindível que autoridades públicas competentes e, segundo o STF, seriam governadores e prefeitos, consoante extraio da ADI nº 6.341-MC, a qual reconheceu competência comum administrativa entre a União, os Estados e os Municípios para a tomada de medidas normativas e administrativas acerca de *“questões envolvendo saúde”*.

Assim, no âmbito federal, não há lei tornando a vacinação contra a covid-19 obrigatória, já que, a teor do *caput* do art. 3º c/c inciso III, letra “d”, da Lei 13.979-2020, caberão às autoridades competentes, determinar a realização compulsória da vacinação, sendo, destarte, facultativa a sua adoção. Logo, imprescindível existir ato normativo de autoridade competente concretizando essa compulsoriedade da vacina no âmbito nacional, estadual ou local.

Vale ressaltar que o STF já extraiu tese através do tema 1103⁵, por meio do RE 1293130, de 18 de dezembro de 2020, no sentido de reconhecer essa obrigatoriedade,

³ Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, **a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020**, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

⁴ Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, **as autoridades poderão adotar**, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

III - determinação de **realização compulsória** de:

a) exames médicos;
b) testes laboratoriais;
c) coleta de amostras clínicas;
d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
e) tratamentos médicos específicos.

⁵ É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, 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.

desde que a vacina seja incluída no Programa Nacional de Imunização; tenha sua aplicação determinada por lei; ou haja determinação dessa obrigatoriedade decretada pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, hipótese em que não haverá violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica.

Ocorre que, no âmbito da União temos a Lei n. 13.979-2020, porém, segundo os termos do art. 8º, sua vigência foi temporal e condicional aos efeitos do Decreto Legislativo n. 06-2020, o qual vigeu até 31.12.2020, verbis:

Art. 8º - Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o [Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020](#), observado o disposto no art. 4º-H desta Lei.

Em outras palavras, no Brasil o estado de calamidade pública vigeu até 31 de dezembro de 2020, consoante dispôs o art. 1º do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Contudo, sem nenhum constrangimento ou temor, o Min. Ricardo Lewandowski, nos autos da ADI 6.625/DF, concedeu liminar para prorrogar a vigência de parte da lei supracitada, caduca pelo tempo e, inacreditavelmente, a decisão judicial decretou que, apesar de a lei ter perdido sua vigência em 31.12.2020, os arts. 3º, 3º-A até 3º-J continuavam vigendo, ou seja, uma decisão judicial reprecinhou os efeitos de parte de uma lei, verbis:

“ Em face do exposto, defiro parcialmente a cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 8º da Lei nº 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, **a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J**, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas. Comunique-se com urgência.”

Publique-se.

Brasília, 30 de dezembro de 2020

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator

A decisão liminar do Min. Ricardo Lewandowski embora seja moralmente justificada, porém, não o é juridicamente. Em primeiro lugar, decretou a inutilidade do Congresso quando alterou a redação do art. 8º da Lei 13.979/2020, a *manu judiciali*, ressuscitando o estado de calamidade pública no Brasil, de forma completamente ilegítima. A decisão do ministro enxertou uma exceção inexistente na norma revogada pelo tempo, tendo usurpado competência do Parlamento.

Juridicamente, a decisão supracitada não se sustenta, não só por transgredir a teoria dos direitos fundamentais, em especial quanto à assertiva de que eles somente

podem ser restringidos por lei, consoante melhor doutrina⁶, mas por violar, ainda, a teoria de validade das normas, prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, especialmente o §4º do art. 1º e o art. 2º e seu §3º, verbis:

Art. 1º -

§ 4º - As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Pareceu-nos claríssimo que qualquer correção feita a texto de lei somente poderá ocorrer por nova lei, advinda do Parlamento. Da mesma forma, eventual exceção à regra geral prevista em lei, somente é possível mediante lei nova, não existindo nenhuma possibilidade jurídica de o Judiciário substituir o legislador nessa tarefa, principalmente por se tratar de matéria eminentemente infraconstitucional, sem esquecermos que a vigência da Lei n. 13.979-2020 era temporária, vigendo até 31.12.2020, por pura opção política do legislador, em inteira harmonia com o art. 2º e seu §3º da LINDB, abaixo transcritos.

Art. 2º - Não se destinando à **vigência temporária**, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 3º - Salvo disposição em contrário, **a lei revogada não se restaura** por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Portanto, somente o Parlamento poderia promover alguma exceção na norma já vencida, principalmente por se tratar de vigência temporal, hipótese em que seguirá seu itinerário independente da vontade subjetiva de qualquer pessoa, instituição ou poder. O prazo é peremptório, preclusivo e contínuo, salvo se nova lei o alterar. Por outro lado, não sendo temporária a vigência da lei, ela vigerá até que outra a modifique ou a revogue, consoante a lei de introdução.

Portanto, com a exceção criada pelo Min. Ricardo Lewandowski, os cidadãos brasileiros poderão ser ilegalmente constrangidos, por decisão judicial, em seus direitos fundamentais de liberdade de consciência, de convicção filosófica ou política, haja vista

⁶ O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de restrição, **por via de lei**, do exercício dos mesmos. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação cumulativa das seguintes condições: a) – que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (nº 2, 1ª parte); b) – que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº 2, 2ª parte); que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (nº 2, 2ª parte); d) – que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (nº 3, *in fine*). In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, p. 388.

2. No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2019, p. 394.

que, a *manu judiciali*, o cidadão continuará sujeito à vacinação obrigatória por ato de autoridade estadual ou municipal, em face da reprecinação judicial dada à redação dos arts. 3º e 3-A até 3-J da lei da pandemia, sem esquecermos à violação frontal ao direito de personalidade das pessoas, ex vi do art. 15⁷ do Código Civil brasileiro.

Não fosse tudo isso, a ressalva criada pela decisão judicial do Min. Ricardo Lewandowski transgrediu o disposto no inciso II do art. 5º da CF, pois, não raro, eventual questão de validade das regras deve ter preferência aquela decretada pela autoridade competente, a norma mais recente ou mais específica ou, ainda, aquela que regule inteiramente a matéria, em perfeita harmonia com o disposto no §1º do art. 2º da LINDB, verbis:

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Por tudo estudado, ressaí cristalina que inexistente lei federal válida a obrigar o cidadão a se submeter à vacinação da covid-19, sendo a decisão liminar do Min. Lewandowski inconstitucional por violar a literalidade do inciso II do art. 5º da Constituição brasileira, além de ilegal por afrontar o art. 2º, §§1º e 3º da LINDB.

2. O DIREITO DE PERSONALIDADE DO TRABALHADOR DE NÃO SER VACINADO À CONTRAGOSTO.

Código Civil

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Segundo o §1º⁸ do art. 8º da CLT, o direito comum será fonte subsidiária ao direito do trabalho, donde se extrai a plena aplicabilidade na seara laboral do art. 15 do Código Civil brasileiro.

A campanha de vacinação mundo afora tem despertado muitos debates e desconfianças, em face do curto tempo de estudo e maturação para sua criação. Várias foram as reações das vacinas apresentadas em algumas pessoas. Aqui mesmo no Brasil não foi diferente, pois tivemos algumas dessas reações, com óbitos de pessoas decorrentes

⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁸ § 1º - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

delas, inclusive com gestantes e aquelas outras pessoas que estavam vacinadas com duas doses.

A impressão, em alguns casos, é de que a vacina não é completamente eficaz contra o coronavírus, o que é suficiente para gerar em muitos corações medo, incerteza e insegurança, embora seja inegável que a maioria da população mundial tenha se submetido à vacinação, já que o percentual das reações tem sido muito pequeno, o que compensa o risco para a grande maioria.

Feita essa breve introdução à justa reclusa, ainda que o risco de morte provocado pelas reações adversas das vacinas seja de baixo impacto, temos a garantia constitucional e legal quanto ao direito de personalidade das pessoas, no sentido de que o seu exercício não poderá sofrer limitações involuntárias, ex vi do art. 11 do CC.

Sabemos que os direitos de personalidade traduzem, no essencial, direitos subjetivos que recaem sobre bens personalíssimos e projetam a própria personalidade humana. Tratam-se, conseqüentemente, de direitos pessoais, que podem ter por objetos bens tão díspares como o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, à intimidade, à liberdade, à privacidade, ao nome etc. Contudo, os mais importantes direitos de personalidade como o direito à vida, à liberdade pessoal e à liberdade de locomoção estão regulados pela Constituição.

Também são tidos por personalíssimos, porque intransmissíveis e absolutos, devendo ser respeitados por todos, independentemente de qualquer relação jurídica, além de carregarem um inconfundível e indispensável teor ético no discernir o certo do errado, o bem do mal, além de promover o bem para si e para os outros.

Assim, os direitos de personalidade distinguem-se de situações de vantagens afins, diferentemente dos direitos fundamentais, dos direitos ordinários, dos direitos do homem, dos direitos pessoais, visto que, a origem dos direitos civis de personalidade remonta ao antigo direito grego-romano, enquanto os direitos fundamentais tutelares de bens da personalidade são figuras jurídicas modernas. No entanto, todos os direitos fundamentais tutelares da personalidade são universais, na medida em que basta a qualidade de pessoa para que sejam atribuídos ao seu titular. Outra diferença, a fonte imediata dos direitos de personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, e não a Constituição. Por conseguinte, os direitos de personalidade inserem-se no Direito Privado e os direitos fundamentais, no campo do Direito Público⁹.

⁹MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato - **Direitos a Personalidade**, p. 26-27.

Os direitos fundamentais foram pensados, criados e concebidos, tradicionalmente, com a finalidade de tutelar os direitos das pessoas na esfera privada, erigidos contra ingerências do poder público - trata-se de direitos negativos dos indivíduos, manejados em face do Estado. Os direitos de personalidade, pelo contrário, atendendo ao seu profundo conteúdo ético, não se restringem às relações de natureza vertical, eis que eles se impõem a todos os níveis e em todas as direções, inclusive nas relações de direito privado.

Mas, há semelhanças entre ambos, pois tanto os direitos fundamentais como os direitos de personalidades são não-patrimoniais, perpétuos e indisponíveis. Por outro lado, eles se diferenciam e se distanciam porque os direitos fundamentais não são subjetivos, privados, inatos e absolutos; nisto a doutrina não dissente. Por isso, os direitos de personalidade são tratados pelo direito privado, o qual regula as relações entre particulares. Em outras palavras: os direitos de personalidade são concebidos pelo direito civil para as relações entre particulares e, às vezes, contra o próprio Estado.

Ao estudarmos o direito de personalidade em si, independentemente de preocupações de sua carga ética, do seu conteúdo ou de outra ordem, concluímos que o estudo paradigmático da matéria cabe necessariamente ao direito civil, ou mais especificamente à Teoria Geral do Direito Civil, enquanto berço natural e originário do direito de personalidade, pois é o seu hábitat¹⁰.

Deste modo, sendo o direito de personalidade essencialmente subjetivo e ético, com viés absoluto, traduzido pelo sentido de que todos os membros da sociedade devem respeitá-lo, dele ressaí uma orla eminentemente voluntarista porque, não raro, deve ser manejado de forma livre, esclarecida e consciente, porque de trato entre particulares, sendo suas relações jurídicas regidas pelos princípios da autonomia e da liberdade, haja vista que os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade, quer dizer, não há supremacia da vontade do titular sobre a de terceiro, porque ambos são detentores de direitos iguais de personalidade.

Portanto, penso que o empregador não poderá impor a seu empregado que o mesmo se vacine, principalmente se este entender que estará colocando em risco a sua própria vida ou a sua integridade física, especialmente porque existem relatos de efeitos adversos das vacinas que podem provocar reações alérgicas grave, mielite transversa,

¹⁰*Idem – Op. Cit.* p. 62.

distúrbios neurológicos¹¹, ainda que raros. Também há registro de problemas cardíacos em jovens¹². Desta forma, o empregado poderá escudar-se no direito de consciência, no direito fundamental de resistência a qualquer ordem que ofenda o seu direito à vida, à integridade física e ao direito de personalidade de que fala o art. 15º do CC.

Apesar dessa garantia constitucional, uma vez exercitada, ela poderá causar ao empregador dano e desconforto. Dano porque o empregado não-vacinado poderá ser um condutor de transmissão do coronavírus no ambiente de trabalho, podendo contaminar algum outro empregado ou até mesmo vários, hipótese em que o empregador poderá concorrer, ainda que involuntariamente, para o surgimento da doença no ambiente do trabalho, cujas consequências são gravosas e muito caras. Como resolver essa questão, sem adentrarmos na celeuma acerca da covid-19 ser ou não considerada como doença do trabalho? Seria demitir o empregado por justa causa? Penso que não.

Então, como fica a regra da CLT que dispõe que o empregado é obrigado a observar as normas de segurança e medicina do trabalho, estratificada no art. 158¹³, inciso I, inclusive com possibilidade de constituir ato faltoso a recusa injustificada, já que este tem sido o fundamento jurídico para a dispensa? Em primeiro lugar, a negativa do empregado não pode ser considerada injustificada, haja vista está amparada pelos incisos II e VIII do art. 5º, pelo art. 15 do CC e pelo art. 188, I do CC. Contudo, a dispensa por justa causa seria a única opção que o empregador tem? Não poderia lançar mão de ato menos gravoso ao empregado e preservar o seu posto de trabalho?

Penso que o empregador tem outras opções, especialmente quanto a colocar o empregado que se recusa a ser vacinado para trabalhar em *home Office*, poderá também firmar acordo individual com o empregado no sentido deste se submeter a testes periódicos de exames para controlar o grau de transmissibilidade do vírus, no ambiente de trabalho.

¹¹ Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/06/09/saiba-quais-sao-os-efeitos-colaterais-das-vacinas-de-covid-19-em-uso-no-brasil> e <https://saude.abril.com.br/medicina/vacinas-contra-a-covid-19-o-que-esperar-dos-efeitos-colaterais/>. Acesso em 15.8.2021.

¹² (Disponível em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/rfi/2021/06/23/eua-jovens-tem-problemas-cardiacos-apos-vacinacao-autoridades-investigam.htm>. Acesso em 15.8.2021)

¹³ Art. 158 - Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Se de tudo não for possível mantê-lo nos quadros da empresa, o empregador poderá dispensá-lo sem justa causa, pagando todos os direitos rescisórios, pois sabemos não constituir ato ilícito aquele praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, como dispõe o art. 188, I¹⁴ do Código Civil. A questão não é tão simples como parece, pois estamos diante de um conflito entre regra e princípio. Bem, nesse caso, teremos que enveredar sobre a questão do conflito entre princípios e regras, o que veremos a seguir.

3. PRINCÍPIOS E REGRAS: CONFLITOS.

Teremos, então, uma regra geral tipificada na CLT, segundo a qual todo empregado deve observar as normas de segurança e medicina do trabalho, a teor do art. 158, I, cuja consequência é tipificada como ato faltoso do empregado, mormente por indisciplina ou de insubordinação, tipificados no art. 482 da CLT. Porém, de outra banda, teremos princípios constitucionais da maior envergadura dando suporte à recusa, como relatado alhures. Como se resolve esse conflito? Pois muito bem.

A partir do final da década de 19(70) começou a surgir um movimento global impulsionado pelo surgimento do Poder Constituinte em vários continentes, tendo por principal característica a constitucionalização, no catálogo dos direitos fundamentais, de vários princípios gerais do direito. Muitos migraram da lei infraconstitucional para o berço constitucional, com a elaboração de novas Constituições mundo afora.

Assim, a constitucionalização de valores básicos como princípios, não somente coloca o juiz no marco necessário de uma jurisprudência de valores, por acolher o fundamento básico deles derivados, assinalando o sentido inspirador, nos quais deverá desenvolver o exercício do poder legislativo sem atropelos e excessos. Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, resolvem por inteiro a problemática da eficácia dos chamados princípios supralegais¹⁵.

Sabemos que os princípios promovem a uniformidade, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. São postos no topo da pirâmide normativa, elevam-se ao grau de norma das normas, de fontes das fontes, porque dispõem de baixíssimo teor de densidade normativa. Qualitativamente, eles são a viga mestra do

¹⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido

¹⁵ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 260-302.

sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Exatamente por isso, cada ramo do direito agasalha seus próprios princípios gerais como, por exemplo, são princípios gerais do direito constitucional que podem se comunicar com os demais ramos do direito o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade, da liberdade de consciência religiosa, filosófica e política, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da propriedade privada, da presunção da inocência, em que ninguém será culpado até sentença penal condenatória, da liberdade de expressão, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, da não-retroatividade da lei, da autoridade da coisa julgada, da responsabilidade penal pessoal, da responsabilidade civil, da liberdade de associação, da liberdade sindical, da liberdade ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, além dos princípios próprios da administração pública, como legalidade, publicidade, eficiência, moralidade e impessoalidade, bem como os que dizem respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé etc.

Princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica, que fundam e unificam normas e soluções singulares, ou são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria um conjunto ordenado, segundo princípios. Assim, os princípios são cânones que nem sempre foram ditados explicitamente pelo legislador, mas que estão contidos, de forma imanente, no ordenamento jurídico. Eles não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas, cabe ao juiz ou jurista descobri-los, para lhes atribuir força e vida.

Princípios são normas estruturantes de um sistema jurídico, os quais funcionam como pilares de sustentação. São geralmente normas de conteúdo gerais, de alcance abrangente, sendo uma cláusula aberta de que dispõe o intérprete, sempre que houver alguma lacuna ou imprecisão no ordenamento jurídico a ser aplicado, capaz de promover insegurança, incerteza ou injustiça.

A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios, permitem ao intérprete, na maioria das vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa iniuria*. Mas, são esses mesmos princípios que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas,

reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento, especialmente quanto a necessidade e adequação para o seu uso, manejo ou aplicação ao caso concreto¹⁶.

Os princípios almejam sempre alcançar uma finalidade, para tanto, devem ser interpretados a partir da Constituição, ou seja, parte-se da fonte do ordenamento jurídico para, então, se atingir a legislação periférica ou infraconstitucional, completando-a ou integrando-a. Com isso, preserva-se a proeminência constitucional e a teoria da Constituição como elemento nuclear de qualquer regime democrático.

Consoante essa premissa, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos concretos, sem que estas se reduzam a simples opções discricionárias e subjetivas do intérprete. No entanto, os princípios, por si sós, não solucionam os casos a que são direcionados. A solução definitiva de casos jurídicos, no Estado de Direito, depende de regras, por isso, de suma importância que eles não sejam aplicados como se regras fossem. Eles sustentam as regras ou as afastam.

A violação a um princípio consiste em uma agressão sistêmica, um ataque aos pilares do ordenamento jurídico, pois violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma regra. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a importância do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão da ordem constitucional e de seus valores fundamentais¹⁷.

Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade¹⁸. A justiça ideal está afeta ao direito natural, pois o que se pode realizar através da aplicação de um princípio, enquanto norma jurídica, é a justiça do mundo real, materializada e conformada nas leis humanas.

¹⁶*Idem - Op. Cit.* p. 160

¹⁷ MELO apud BARROSO, 2003, p. 153.

¹⁸DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p. 36.

3.1. Princípios e regras.

A diferença entre princípios e regras não deixa dúvida que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ou seja, são responsáveis por criar condições mais favoráveis para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos¹⁹.

A integridade do Direito é um sistema aberto, de princípios e regras. Portanto, princípios são normas abertas e que não buscam controlar previamente sua própria aplicação, porque é um sistema interdisciplinar que constantemente dialoga com regras.

A respeito dessa diferenciação, tanto regras quanto princípios são normas, porque dizem o que deve ser. Podem ser formulados por meio das expressões deônticas²⁰ básicas do dever, da permissão e da proibição. A distinção entre regras e princípios, é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. As regras são normas que impõem, permitem ou proíbem alguma conduta humana, ou seja, impõem um imperativo categórico, o qual será ou não cumprido²¹.

Contudo, uma crítica se faz ao sistema de princípios desenvolvidos por Alexy, haja vista não poder um sistema jurídico ser composto somente de regras ou somente de princípios. Nessa concepção, um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras nos conduziria a um ordenamento jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo extremado - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de máxima segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a sua complementação e desenvolvimento, como ocorre com o direito constitucional, por ser, necessariamente, um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, p. 1161.

²⁰ Segundo o dicionário Houaiss, poderia ser o conjunto de deveres profissionais de qualquer categoria profissional minuciados em códigos específicos.

²¹ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 87.

balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional²².

De fato, seria impossível admitir a existência de um ordenamento jurídico demasiadamente aberto, no qual não houvesse nenhum limite, nenhuma ordem, nenhum dever, formado somente por direitos. Por outro lado, a vida ou uma sociedade composta só de regras, seria insuportável, tensa e extremamente conflituosa. Da mesma forma, o modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios nos levaria a consequências também inaceitáveis, porque seria a instituição do caos, da anarquia e da desordem do próprio sistema jurídico, como vivenciado hoje no Brasil.

Em decorrência, a definitividade das regras tal qual Dworkin afirmava, ou seja, que elas são aplicadas na base do “tudo-ou-nada”, Alexy apenas utiliza nova roupagem de definição, sem muita diferenciação do doutrinador norte-americano, afirmando que regras são normas sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio²³.

Assim, o tratamento com regras implica a diferença binária de "validade/invalidade", devendo ser tomada como critério de solução do caso ou afastada a sua incidência. Portanto, na relação entre duas regras em conflito, apenas uma poderá ser válida e, por conseguinte, servir como padrão jurídico para a decisão do caso. Nessa perspectiva, pertencem ao enunciado completo de uma regra todas as suas exceções, sendo elas teoricamente enumeradas. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e, quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra²⁴.

3.2. Conflitos entre regras e princípios

A discussão acerca de regras é antiga, bem como sua diferenciação dos princípios. O assunto é movediço e de muitas conclusões teóricas, filosóficas e doutrinárias por parte daqueles que buscam uma resposta científica para esta inquietação - regras e princípios - já

²² CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 2003, p. 1162-1163

²³ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 91.

²⁴ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p. 39.

que, de uma forma simplificada, regras são normas definitivas, em cujo conteúdo há um dever-ser impulsionando a sua concretude.

No entanto, nas situações em que o caso não pode ser solucionado por regras, devem incidir os princípios jurídicos, fundados moralmente como um contraponto ou uma contrarregra a toda e qualquer liberdade ou poder discricionário do juiz. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-los, absolvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa²⁵.

Por isso, não podemos superestimar as regras em detrimento dos princípios; ambos devem dialogar harmonicamente, caso contrário, o sistema se tornará excessivamente rígido, enfadonho e fechado para enfrentar problemas sociais complexos. Um não vive sem o outro. Regras e princípios são como irmãs siamesas, inseparáveis por natureza²⁶.

Em relação à possibilidade de haver conflitos entre regras e princípios, segundo a normatividade dos princípios, modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão, pois são normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso, se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também são definitivos²⁷.

No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada de valores dentro do universo jurídico.

²⁵ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**, 2011, p.35-71

²⁶ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 85-109.

²⁷ *Idem* - *Op. Cit.* p. 229-230.

Porém, há nítida distinção entre regras e princípios, merecendo destaque quanto ao conteúdo: as regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados; quanto à estrutura normativa, regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta; previsão de um fato - atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas; quanto ao modo de aplicação, regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação²⁸.

Chega-se, então, à conclusão de que regra é a lei que declara, cria e extingue direito e obrigação, além de regular comportamento das pessoas. Por outro lado, os princípios integram, aperfeiçoam e materializam as regras em suas omissões ou injustiças, sempre que estiverem em desacordo com valores supremos de justiça, liberdade, igualdade, havendo nítida valoração do conteúdo ou do núcleo da norma.

Assim, restando evidenciado as diferenças entre princípios e regras, não tenho dúvidas que cada norma (princípio e regra) traz em si mesma real finalidade de cada uma. Então, como resolver a questão posta? Qual a regra e qual o seu núcleo?

A regra é a restrição ao direito de liberdade de consciência religiosa, filosófica e política do empregado que resiste e recusa-se em vacinar, além de impor severo limite ao seu direito de personalidade. O núcleo da regra seria o desvio da finalidade quanto ao cumprimento coercitivo de normas de segurança e medicina do trabalho imposta pelos arts. 157 e 158, ambos da CLT, em detrimento a tais princípios, já que a regra abandonou a sua função precípua de se apoiar em princípios constitucionais, tendo-os como referência, guia e orientação, já que deveria evitar, por conseguinte, qualquer privação de direitos decorrentes da liberdade de consciência, porque não há lei válida restringindo tal direito fundamental, como visto augures, haja vista haver outras opções ao empregador para evitar eventual contágio do meio ambiente do trabalho.

Portanto, a compreensão de que os princípios são razões para as regras e as regras são razões para decisões concretas e definitivas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Ainda assim, a caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto acertado. Nesse sentido, é possível afirmar que se um princípio

²⁸BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 343-344.

for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto do dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva. Em si mesmo, princípios nunca são razões definitivas²⁹.

Destarte, caberá ao intérprete proceder equilibrada ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não aplicá-los como se regras fossem, por meio de mera subsunção a um determinado fato. Por isso, se diz que princípios são mandamentos de otimização, isto é, responsáveis por criarem condições mais favoráveis para a resolução do caso em concreto. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie*, isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível³⁰.

No plano jurídico, os princípios funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são eles que dão identidade ideológica e ética ao sistema, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

De tudo estudado, ressaí a importância de avaliar qual princípio, no caso concreto, será o mais justo, o mais importante e o mais adequado. Para tanto, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, como critério de ponderação. A ponderação é feita pelo princípio da proporcionalidade, o qual contém três máximas que devem ser observadas. **Adequação:** a qual procura saber da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. **Adequação** significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. **Necessidade:** significa verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados. **Proporcionalidade**, em sentido estrito, é a análise para se saber se as vantagens superam as desvantagens, em linhas muito gerais.

Por fim, cabe reconhecer quão difícil e espinhosa é a tarefa afeta aos juízes de descobrir, definir, harmonizar e justificar o peso e importância concedidos aos princípios, aplicando-os aos diferentes interesses e valores da sociedade, devendo tais valores intuir a decisão do caso particular, especialmente quando houver colisão entre interesses públicos e particulares, na senda dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

²⁹ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2011, p.107-108.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 231-232.

A conclusão que se pode chegar, de tão complexa questão, apesar da circunstância grave vivenciada por todo o mundo e, especialmente pelo Brasil, por ser um país continental, que já registra mais de seiscentas mil mortes por covid-19, porém, ainda assim, tem pessoas que resistem a se submeterem ao tratamento disponível: as vacinas, as quais têm contribuído grandemente para conter a evolução de novos casos da covid-19 e, até mesmo, para desafogar os hospitais.

Contudo, sabemos que direito fundamental tem natureza negativa, porque se volta contra atos do próprio Estado, por isso, mesmo que seja irracional, desarrazoado, reprovável e desaconselhada conduta de resistência à vacina, o seu titular está no regular exercício de um direito fundamental de resistência a qualquer ordem que ofenda a inviolabilidade física do empregado ou as suas liberdades e garantias individuais, aí incluída o direito de personalidade, de que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico, principalmente porque não constitui ato ilícito os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, consoante preceitua o art. 188, I do CC.

Além do mais, não é pacífico o entendimento de que a covid-19 possa ser considerada doença do trabalho, seja porque ainda não consta de nenhuma relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, como sugere o art. 20 da Lei 8.213-1991 ou por ser a covid-19 uma doença pandêmica, cuja enfermidade alcança todas as regiões do país, por inteligência do § 1º, letra “d”³¹ da lei supracitada, cuja alínea exclui do conceito de doença do trabalho aquela endêmica, predominantemente encontrada e desenvolvida em determinada região do país.

Portanto, possuindo o empregador outras opções, de alocar o trabalhador resistente à vacina, a desenvolver sua atividade fora do ambiente da empresa, como colocá-lo em trabalho home Office, também poderá firmar acordo individual com seu empregado e clausular regras de controle da contaminação, exigindo que o empregado, periodicamente, às suas custas, submeta-se a exames que comprovem a higidez de sua saúde, bem como de se submeter ao uso obrigatório de máscara no ambiente de trabalho.

³¹ § 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

d) a **doença endêmica** adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Todavia, se apesar disso, ainda houver resistência do obreiro, poderá demiti-lo sem justa causa, com a paga de todos os direitos.

Por se tratar de doença nova, ainda não controlada e nem catalogada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social como doença profissional ou do trabalho, ou mesmo como insalubre ou perigosa, penso ser necessário existir um regramento específico, voltado para o direito do trabalho, limitando o direito fundamental dos empregados ou das pessoas em geral, a fim de enquadrá-lo como justa causa, ainda que provisório tal mandamento, pois somente assim o empregador poderá impor ao empregado a pena capital de justa causa. Também poderia sobrevir do novo regramento, eventual redução de direitos rescisórios, quando o empregado recusar-se trabalhar em home Office ou a submeter-se a realização periódica de exames, em respeito ao disposto no inciso II c/c inciso VIII, ambos do art. 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011. ISBN 978-85-392-007-3.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz – **Princípios Fundamentais de Direito Civil: uso inadequado da terminologia**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** - 5ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04214-9.

_____- **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19995-8.

DWORKIN, Ronald – **O Império do direito**: tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____- **Levando os direitos a serio**: tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, organizadores - **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7134-8.

