



MALKA Y NEGRI

advogados

CLIPPING COVID-19

Informativo Especial

25 de janeiro de 2021

A legalidade na obrigatoriedade
da vacina para o COVID-19.

A LEGALIDADE NA OBRIGATORIEDADE DA VACINA PARA O COVID-19.

Muito embora estejamos longe de um cenário nacional no qual a vacina para a COVID-19 esteja totalmente disponível, gratuitamente, surja, com certa urgência, o debate acerca da obrigatoriedade ou não de imunização, sendo um tema extremamente polêmico.

Inicialmente, cabe registrar brevemente o histórico da vacinação compulsória no Brasil.

Na década de 70 foi criado o Plano Nacional de Imunização, o qual estabelece como dever e obrigação de todo cidadão submeter-se à vacinação. Além disso, o Ministério da Saúde editou a Portaria 597/GM de 2004, com o calendário de vacinação em todo o país e definiu, como se daria, na prática, a sua compulsoriedade. Desde então, tal norma autoriza a exigência de apresentação do atestado de vacinação para, por exemplo, recebimento de benefícios sociais, realização de matrículas em unidades de ensino, alistamento militar e, até mesmo, contratação trabalhista.

Perceba, não há que se falar em imunização forçada, mas sim em sua obrigatoriedade, ou seja, no cotidiano, poderá ocorrer a aplicação de sanções/restrições àqueles que não cumprirem o referido calendário. Similar ao voto obrigatório.

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar todos os vieses e filigranas, até porque a questão possui um vasto campo de incidência, além de uma larga dose de subjetividade e, certamente, coloca em xeque valores constitucionais, ou melhor, dois direitos fundamentais de igual hierarquia. De um lado a **liberdade individual** e, do outro, a **saúde individual e coletiva**, no qual, indubitavelmente, ante a ponderação a ser realizada, um prevalecerá sobre o outro.

Em linhas gerais, a saúde é constitucionalmente garantida como um direito de todos e um dever do Estadoⁱ, significando a proteção objetiva da vida humana, sendo certo que o meio ambiente sadioⁱⁱ é, além de um direito, um dever da sociedade, impelida pela Constituição Federal a defendê-lo e preservá-loⁱⁱⁱ.

Por outro lado, a liberdade individual, também trazida como um direito constitucional fundamental, representa a capacidade de autodeterminação e livre escolha do indivíduo por suas convicções pessoais, também relacionado ao princípio da legalidade que, no aspecto privado, se traduz em poder fazer tudo aquilo que a lei não proíbe ou determina, vigorando a autonomia da vontade.

No final do ano passado, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de enfrentar tal encruzilhada, tanto no que diz respeito à medida compulsória de vacinação prevista na legislação^{iv} para o enfrentamento da COVID-19^v, como na obrigatoriedade de imunização por meio de vacina aos filhos menores, sem que isso caracterize violação à convicção dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar^{vi}.

Em apertada síntese, **o STF definiu que o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais, não sendo legítimas as escolhas particulares que atentem contra direitos de terceiros.** No entanto, ratificou-se o entendimento de que compulsoriedade não significa vacinação forçada. Em outros termos, pode o cidadão recusar o recebimento da vacina, inclusive optar por não seguir o calendário de vacinação; em contrapartida, como consequência prática de sua escolha, poderá ser impedido de frequentar determinados locais e de realizar certas atividades coletivas, sendo tais barreiras consideradas medidas coercitivas indiretas para inibir a recusa do indivíduo.^{vii}

Atinente à implementação da vacinação obrigatória, além da expressa previsão legal, foram ainda estabelecidos alguns critérios para validação de tais medidas, quais sejam, “(i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente.” Vale destacar, tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência^{viii}.

Para concluir, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, há Projeto de Lei^{ix} dispondo sobre a obrigatoriedade da vacinação contra o novo coronavírus, estipulando-a como requisito para nomeação em cargo público e matrícula na rede pública e privada de ensino, bem como autorizando seja condição para hospedagem em rede hoteleira, contratação de empregado na iniciativa privada, além de outras atividades que vierem a ser definidas pelo Poder Executivo. Contudo, ainda não há previsão de ser apreciado pela Assembleia Legislativa.

Logo, enquanto ainda não regulamentada, é relevante iniciar o debate sobre a exigência (ou não) de comprovação da vacinação nos espaços de convivência coletiva e nas relações trabalhistas.

DA OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO NOS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA COLETIVA

Não obstante a decisão do STF supramencionada, questão polêmica é a possibilidade de estipular restrições por ausência de imunização nas relações de natureza nitidamente privadas, mormente quando ainda inexistente lei regulamentando as medidas indiretas e coercitivas para estimular a vacinação.

Em relação ao transporte internacional, tal matéria não é novidade. Há muito, diversos países, inclusive o Brasil, exigem, para o ingresso no território nacional, a apresentação de Certificado Internacional de Vacinação, como é o caso, por exemplo, da vacina contra a febre amarela. Admite-se que, em breve, igualmente passarão a exigir a comprovação relativa à COVID-19.

A propósito, inúmeras questões cotidianas não serão de simples solução. Por exemplo, em se tratando de um imóvel para fim residencial ou comercial, a princípio, prevalecerá a vontade do seu proprietário, não podendo ser restringida a forma como se dará a utilização. Em contrário, tal solução não é tão facilmente visualizada entre um estabelecimento comercial e o seu consumidor – como, ilustrativamente, no caso de instituições de ensino e hotéis.

Ainda, na medida em que seja válido e lícito os estabelecimentos comerciais ou civis imponem a adoção de algumas condições para seus frequentadores, não seria também razoável a exigência de comprovação do cartão de vacinação, a partir do momento no qual for amplamente disponibilizada? Entendemos que sim.

A rigor, seguindo a lógica da jurisprudência do STF, embora facultada a recusa da vacinação, estaríamos diante de um dever constitucional, ou seja, aquela restrição configuraria um direito da outra parte, mesmo que eventualmente inexistia previsão legal.

Acreditamos que nos estabelecimentos de permanência relativamente curta, como clubes, mercados, restaurantes e lojas dentre outros, na prática, não funcionará qualquer tipo de exigência voltada para comprovação da vacinação.

Diferente hipótese, poderá ser notada, em casas de repouso. Nestes ambientes, será absolutamente lícito, o regramento sobre os requisitos de moradia.

Decerto, como visto alhures, a solução é polêmica e não pacífica, sendo que, fatalmente, caso judicializada, haverá posição para ambos os lados.

DA OBRIGATORIEDADE DE VACINAÇÃO NA RELAÇÃO ENTRE EMPREGADORES E EMPREGADOS

As relações trabalhistas exigem uma análise mais detida acerca das implicações jurídicas ante a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19. Como salientado, em relação às vacinas integrantes do Programa Nacional de Imunização, há expressa previsão de que seja exigida pelo empregador*.

Conforme exposto anteriormente, no momento, se alguém, dentro do pequeno universo de pessoas escolhidas para receber a primeira dose da vacina disponível no país, não quisesse ser vacinado, não haveria qualquer medida indireta coercitiva a ser imposta,

diante de uma leitura fria e literal da legislação, por falta de expressa previsão legal específica para o novo coronavírus.

Contudo, tratando-se de um profissional celetista da linha de frente, como um enfermeiro ou técnico de enfermagem, ou caso a vacinação já estivesse disponível para todos, poderia o seu empregador promover a rescisão do contrato por justa causa diante de uma infundada recusa? Poderia aplicar, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a referida Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde por analogia?

Mais uma vez, lembramos que o direito não é uma ciência exata, sendo certo que, para o mesmo problema, poderão existir resultados diferentes. Por exemplo, se fosse um empregado com uma função exercida através do *home office*?

Aqui também, não há uma solução pacífica, de modo que podemos visualizar três caminhos. (i) Aqueles que não admitem a justa causa, pois não está no âmbito do poder de direção do empregador (com a qual não concordamos). (ii) É possível a justa causa, desde que regulamentada em lei específica com a observância dos demais requisitos fixados pelo STF^{xi}. (iii) Independentemente de expressa previsão legal, é cabível a justa causa nessa situação, em caso de risco para a empresa e quando observada a gradatividade da penalidade (advertência, oral e escrita, suspensão e, por fim, a rescisão contratual).

Importante aqui reforçar o dever do empregador de zelar pela saúde e segurança no ambiente de trabalho, não podendo um empregado, injustificadamente, submeter os demais funcionários ao risco de contaminação do novo coronavírus (vide nota de fim “iv”).

Desse modo, enquanto não houver previsão legal expressa sobre a aludida matéria, a melhor solução sempre dependerá da análise do caso concreto, sendo aconselhável a adoção de medida extrema apenas em última hipótese, em respeito aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, como ilustrativamente a impossibilidade/onerosidade de adoção de *home office* pela função desempenhada ou na recusa infundada do empregado em fazê-lo.

CONCLUSÃO

Com estas considerações, finalizamos este rápido ensaio jurídico, dele extraindo três conclusões:

1. O direito à saúde coletiva prevalece em relação ao direito individual e a liberdade de consciência.

2. Estando disponível a vacinação para todos, o Estado pode determinar que a vacinação seja obrigatória;
3. O cidadão não será forçado a se vacinar. Contudo, arcará com restrições e limitações caso recuse a imunização.

Cristiano de Loureiro Faria Mori

Danielle Dutra Soares

Jacques Malka Y Negri

Luciana de Abreu Miranda

Advogados

Janeiro/2021

ⁱ *In verbis*: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

ⁱⁱ A doutrina uníssona trata o meio ambiente não apenas no seu aspecto natural, mas também com aspecto cultural, artificial, leia-se o espaço urbano construído, e do trabalho.

ⁱⁱⁱ *In verbis*: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

^{iv} Trata-se da Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. A mesma teve a vigência prorrogada, pelo STF, com deferimento de tutela de urgência, nos autos da [ADI 6625](#), em relação aos dispositivos legais que atendem ao propósito de assegurar a continuidade de medidas profiláticas e terapêuticas necessárias ao enfrentamento da pandemia, englobando a que prevê a possibilidade de realização compulsória de vacinação.

^v A Lei 13.979/2020 estabelece que poderá ser adotada a determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas, nos termos do seu artigo 3º, inciso III, alínea d, sendo questionada sua constitucionalidade por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) de n.ºs 6586 e 6587.

^{vi} A tese de repercussão geral fixada no ARE 1267879, a qual versa especificamente sobre a obrigatoriedade de vacinação dos menores, 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”.

^{vii} A decisão proferida nas ADI’s n.ºs 6586 e 6587 foi exarada nos seguintes termos: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: “(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre 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 (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas

pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).”.

viii Tese estabelecida no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6586 e 6587, cuja íntegra fora transcrita no item acima.

ix Informação obtida no site

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/98d99d534668eb8a0325860e005f32ba?OpenDocument&Highlight=0%2C3258%2F2020>, em 24/01/2021.

x Vide artigo 5º, § 5º da Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde: “§5º Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.”

xi Apesar da competência concorrente para regulamentar as medidas de saúde, tratando de matéria de Direito do Trabalho, a rigor, a competência seria exclusiva da União para tal fixar previsão.