

A questão da vacinação obrigatória: uma análise à luz do direito administrativo Brasileiro

The issue of mandatory vaccination: an analysis in the light of Brazilian administrative law

DOI:10.34117/bjdv7n1-341

Recebimento dos originais: 10/12/2020
Aceitação para publicação: 13/01/2021

Guilherme Corona Rodrigues Lima

Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Instituição: Corona e Bio Sociedade de Advogados

Endereço: Rua Maestro Cardim, 377, cj. 33/35, Paraíso, São Paulo, SP

E-mail: guilherme@coronaebio.adv.br

Fabio Paulo Reis de Santana

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Instituição: Procuradoria Geral do Município de São Paulo

Endereço: Rua Professor Artur Ramos, 404, apt 23, Jardim Paulistano, São Paulo, SP

E-mail: fabiodesantana@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo pretende analisar os conceitos clássicos de direito administrativo trazidos pela Lei Federal nº 13.979/2020 como os da requisição administrativa, suspensão temporária do direito de livre circulação e submissão obrigatória a medidas sanitárias compulsórias, em especial a obrigatoriedade da vacinação para prevenção do COVID-19, tudo à luz do direito administrativo brasileiro. Após a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 6586 e 6587 e no ARE 1267879 que tratam da obrigatoriedade de vacinação, pretende-se analisar suas conclusões diante da ponderação de princípios fixando-se as razões jurídicas da compulsoriedade da vacinação como forma de atendimento ao interesse público.

Palavras-chave: Direito Administrativo, COVID-19, Vacinação obrigatória, Ponderação de interesses.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the classic concepts of administrative law brought by Federal Law nº 13.979/2020, such as administrative requisition, temporary suspension of the right to free movement and mandatory submission to compulsory sanitary measures, especially the mandatory vaccination to prevent COVID-10, all in the light of Brazilian administrative law. After the analysis of the decisions of the Supreme Federal Court in the judgment of ADIs 6586 and 6587 and in ARE 1267879 that deal with the mandatory vaccination, it is intended to analyze its conclusions considering the weighting of

principles, setting the legal reasons for the compulsory vaccination as a way service to the public interest.

Keywords: Administrative Law, COVID-19, Mandatory vaccination, Weighting of interests.

1 INTRODUÇÃO

A situação de pandemia pelo qual passou o mundo no ano de 2020 e, em especial, o Brasil, trouxe à tona diversas discussões que contrapõe os direitos individuais e os direitos coletivos da sociedade bem como trouxe a releitura de antigos e clássicos conceitos de direito administrativo que a tempo haviam caído no desuso.

A Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30 de janeiro de 2020, declarou como sendo de emergência de saúde pública de importância internacional a proliferação do COVID-19 sendo que, em 11 de março de 2020, a mesma OMS caracterizou a proliferação da doença como uma pandemia, alçando a situação para o mais alto nível de alerta da organização.

O Brasil, então, promulgou a Lei Federal nº 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*” e, posteriormente, a Lei Federal nº 14.006/2020 que trouxe relevantes alterações a mencionada legislação que contém previsão expressa para adoção compulsória de medidas sanitárias como a restrição de circulação de pessoas e coisas, exames, testes laboratoriais e, em especial, a vacinação que é o tema objeto do presente estudo.

A constitucionalidade da imposição estatal de obrigatoriedade de vacinação e submissão a análises e tratamentos clínicos diversos bem como a mitigação de medidas regulatórias de aprovação de tratamentos para garantir a celeridade na sua incorporação no sistema de saúde nacional serão objeto de análise juntamente com os conceitos clássicos de direito administrativo trazidos no presente estudo.

Igualmente, pretende-se analisar as conclusões fixadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586 e 6587 e do Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879 que tratam, respectivamente, da vacinação obrigatória contra a COVID-19 e a recusa a imunização por convicções filosóficas e religiosas.

Ao fim e ao cabo busca o presente estudo, dentro da exiguidade que lhe é própria, trazer contribuições para o aprimoramento da matéria e os parâmetros de que se entende adequados para análise da questão à luz do direito administrativo brasileiro.

2 OS CONCEITOS CLÁSSICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO REVIVIDOS PELA LEI FEDERAL Nº 13.979/2020

A crise sanitária e econômica¹ sem precedentes que se instalou no mundo em razão da pandemia de COVID-19 no ano de 2020 tornou imperiosa a edição, pela União, de Lei de caráter nacional prevendo medidas jurídicas e, em especial, de direito administrativo, para auxílio no combate da emergência mundial de saúde pública que assolou o Brasil.

A Lei Federal nº 13.979/2020, denominada por alguns de “Lei COVID” trouxe, então, conceitos como requisição administrativa², suspensão temporária do direito de livre circulação e submissão obrigatória a medidas sanitárias compulsórias³, dentre outros institutos que não interessam ao presente trabalho, que há muito não tinham aplicação concreta no direito administrativo brasileiro.

¹ “A situação resta agravada no cenário em que tal pressão decorre de uma crise que nasce essencialmente como crise sanitária. Da problemática gerada pela COVID-19 e o consequente isolamento social demandado, derivam externalidades imediatas, para além do risco à saúde pública e do dano que a deterioração da saúde, por si, já seria capaz de causar. Por um lado, tem-se uma grande redução da atividade econômica privada, com o risco à manutenção de empregos e a evidente frustração da receita pública, enquanto, por outro, observa-se a sobrecarga de alguns serviços públicos atrelados à saúde e à assistência social, combinada com a subutilização de outros, como os transportes. Ou seja, combinam-se a quebra da expectativa de aferição da receita pública ao necessário aumento dos gastos públicos. Em suma, o contexto traduz o potencial para gerar uma crise econômica sem precedentes”. (SCAFF, Fernando Facury e GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *Impactos da COVID na Lei de Responsabilidade Fiscal in: Direitos em Tempo de Crise COVID-19*. Volume IV, São Paulo: QuartierLatin, 2020, p. 393)

² “É o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa in natura obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

³ “No cenário nacional, após a constatação de número expressivo de pessoas infectadas pela Covid-19, o governo federal editou a Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, que autorizou a adoção de diversas medidas no enfrentamento daquela doença, com a imposição, por exemplo, de (i) isolamento; (ii) quarentena, (iii) realização compulsória de exames, coletas, vacinas, tratamentos médicos, (iv) estudo ou investigação epidemiológica, (v) execução, (vi) restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país. Ao mesmo tempo que restringiu os direitos individuais, o texto normativo federal garantiu à população afetada por aquelas medidas o direito de ser informada sobre seu estado de saúde, de receber tratamento gratuito e de respeito à sua dignidade (art. 3º). (MARÇAL, Liliana de Almeida F.S. e MARÇAL, Thiago F.S. Marçal. *O acordo de honra como fato gerados dos atos normativos extraordinários editados pela agência reguladora dos serviços públicos essenciais no período da pandemia da Covid-19*. In: *Revista do Advogado – Impactos da COVID-19 no Direito*. Nº 148, dez/2020, São Paulo: AASP Editora, 2020, p.189).

Nessa linha, o artigo 3º, inciso VII da mencionada Lei Federal autoriza que a Administração Pública proceda a “*requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*” tendo referido dispositivo legal consonância com o conceito de requisição administrativa já previsto no artigo 5º, inciso XXV da Constituição Federal.

Uma primeira questão que surgiu, logo no início da aplicação do referido dispositivo, contemporânea ao ápice da chamada “primeira onda” da pandemia no Brasil, foi a possibilidade de um ente federado requisitar de outro ente materiais e equipamentos hospitalares, em especial respiradores (ou ventiladores) mecânicos.

Caso emblemático se deu com a requisição administrativa levada a efeito pela União contra o Estado do Maranhão de ventiladores mecânicos por ele adquiridos. A questão, então, foi levada pelo estado-membro ao Supremo Tribunal Federal que, em decisão proferida pelo então Ministro Celso de Mello, entendeu não ser possível a adoção do instituto entre entes federados.

Consignou o Supremo Tribunal Federal, na ocasião, que a requisição administrativa, nos moldes previstos na Constituição Federal, só pode se dar sobre bens ou serviços particulares, salvo o caso de decretação de estado de defesa ou de estado de sítio⁴, de modo que o ato administrativo levado a efeito pela União não encontrava guarida legal ou constitucional sendo, então, suspenso pela Corte.

Com a corrida iniciada pela vacinação em massa da população e diante das competências comuns existentes entre os entes federados no Brasil para as questões afetas a promoção da saúde, nos moldes do artigo 23, inciso II da Constituição Federal, houve quem alardeasse uma possível requisição da União das vacinas adquiridas pelos estados⁵ para que fossem elas usadas pelo ente central, de forma coordenada em todo o país, dentro de sua discricionariedade técnica.

⁴ “Isso significa, portanto, que os bens integrantes do patrimônio público estadual e municipal acham-se excluídos, porque a ele imunes do alcance desse extraordinário poder que a Lei Fundamental, tratando-se, unicamente, “de propriedade particular”, outorgou à União Federal (art. 5º, XXV), ressalvadas as situações que, fundadas no estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) e no estado de sítio (CF, art. 139, VII), outorgam, ao Presidente da República, os denominados “poderes de crise”, cujo exercício está sujeito à rígida observância, pelo Chefe do Executado da União, dos limites formais e materiais definidos pelo modelo jurídico que regula em nosso ordenamento positivo o sistema constitucional de crise ou de legalidade extraordinária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3.385 Tutela Provisória, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça Eletrônico de 20.04.2020).

⁵<https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/12/governo-federal-vai-requisitar-vacinas-produzidas-no-pais-ou-importadas-afirma-caiado.shtml>, acesso em 23.23.2020.

Ocorre que, tal requisição administrativa, a semelhança do que ocorreu com os ventiladores mecânicos, encontra óbice constitucional e legal, não havendo autorização normativa para que insumos de saúde adquiridos pelos estados sejam requisitados pela União, de modo que, se tal prática ocorresse, certamente seria rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, na linha do precedente anteriormente citado.

A livre circulação de bens e pessoas, igualmente, no contexto da pandemia, foi alvo de mitigação pela Lei COVID que trouxe restrições que devem ser interpretadas à luz do disposto no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal que afirma ser *“livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”*.

Conceitua o artigo 2º da Lei 13.979/2020, em seus dois incisos, como sendo isolamento a *“separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do vírus”* e quarentena como a *“restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”*.

Autoriza, ainda, no inciso VI, a restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e internacional.

Tal limitação ao direito de ir e vir, no entanto, só poderia ser adotada pelos Administradores em casos excepcionais e diante de evidências científicas, precedida da devida justificativa técnica a autorizar a medida restritiva de direito, sob pena de incorrer em ilegalidade.

Em tal sentido, Ministérios Públicos⁶ de diversos estados expediram recomendações aos Prefeitos Municipais para que se abstivessem de implantar barreiras sanitárias sem a devida justificativa técnica e igualmente proibissem, sem maiores fundamentos, a livre entrada de pessoas nos Municípios, sob pena de afronta aos direitos constitucionais mencionados.

⁶<https://www.mpsc.mp.br/noticias/municipios-nao-podem-bloquear-integralmente-a-entrada-e-saida-de-pessoas-e-veiculos-de-seus-territorios-para-impedir-a-propagacao-do-coronavirus>, acesso em 23.12.2020.

Por fim, e o que interessa mais detidamente ao presente estudo, vale destaque a previsão de adoção de medidas sanitárias compulsórias no combate a COVID-19, conforme se infere do disposto nos incisos III e III-A do artigo 3º da Lei 13.979/2020 que prevê a determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, tratamentos médicos específicos e o uso obrigatório de máscaras de proteção.

Tais medidas constituem-se em típico exercício do poder de polícia administrativo que, na clássica lição de Hely Lopes Meirelles é assim conceituado:

Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. O Poder de Polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. (MEIRELLES, 1999, 115)

Como a legislação do direito administrativo se formou com base na doutrina, conceito assemelhado é previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional⁷, que é a base normativa de cunho geral sobre a matéria.

O exercício do poder de polícia, nessa linha, só se justifica no interesse da coletividade⁸ que, inegavelmente, está presente no combate amplo a pandemia de COVID-19. Deve ele ser exercido nos estritos limites da legalidade e em consonância com uma clara finalidade pública⁹ sem afrontar, no entanto, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Dessa forma, a submissão da população a realização compulsória de testes clínicos e a vacinação, sempre que precedidas da devida justificativa técnica e em respeito

⁷ “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

⁸ “No que concerne ao benefício resultante do poder de polícia, constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público o interesse público. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 76)

⁹ “Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 16.

aos direitos do indivíduo não tem o condão de serem consideradas inconstitucionais, em especial diante do claro interesse público sanitário existente.

Oportuno salientar que todo ato administrativo e, em especial aqueles da natureza dos aqui mencionados, que impõe restrições a direitos coletivos, carecem da devida justificativa, sob pena de serem considerados inválidos pelos órgãos de controle externo¹⁰.

3 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS 6586 E 6587 E NO ARE 1267879

A discussão sobre a obrigatoriedade e a compulsoriedade da utilização de vacinas contra a COVID-19 chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587 propostas, respectivamente, pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT e pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB questionando o artigo 3º, inciso III, alínea “d” da Lei Federal nº 13.979/2020 que confere aos entes federados competência para determinar a realização compulsória de vacinação.

No ensejo do julgamento das referidas Ações Diretas, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo em Recurso Especial nº 1267879 que tratava da recusa a imunização por convicções filosóficas e religiosas, ação de cunho individual afeta ao regime da repercussão geral.

Quando da elaboração do presente artigo a integralidade dos votos dos ministros que compõe o pleno do Tribunal ainda não havia sido publicada estando disponível, apenas, o inteiro teor do voto do relator das Ações Diretas Ministro Ricardo Lewandowski.

Consignou o magistrado que a vacinação obrigatória é uma realidade no Brasil há muito tempo¹¹, estando prevista, inclusive, no chamado Plano Nacional de Imunizações

¹⁰ “De forma geral, a atuação dos Tribunais de Contas se dará na verificação das justificativas fornecidas pelo Administrador quando da prática de seus atos sendo certo que as Cortes de Contas, em situações excepcionais como as vividas, terão que dar ainda maior observância ao disposto no § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro” (LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. A atuação dos tribunais de contas na fiscalização dos atos administrativos relativos ao Covid-19. *in: Direitos em Tempo de Crise COVID-19*. Volume IV, São Paulo: QuartierLatin, 2020, p. 343)

¹¹ “Registro, todavia, que muitos anos antes da edição daquele diploma legal, no infausto episódio conhecido como “Revolta da Vacina”, essa obrigatoriedade materializou-se por meio de uma série de medidas coercitivas por parte do Poder Público, algumas delas com caráter extremamente incisivo, os quais causaram um enorme descontentamento popular” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado).

– PNI que data de 18 de setembro de 1973, cuja constitucionalidade nunca contou com questionamentos relevantes.

A análise da constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação passa, no entender do Supremo, pelo cotejo dos direitos individuais de intangibilidade do corpo humano e inviolabilidade do domicílio, decorrentes do princípio da dignidade humana¹², de um lado, e de outro o inegável interesse da coletividade em se ver imunizada do vírus causador da pandemia.

O Supremo Tribunal Federal, então, ao enfrentar a matéria, foi assente no sentido de que a obrigatoriedade e a compulsoriedade da aplicação da vacina prevista na Lei COVID não afronta qualquer direito individual e nem dispositivos constitucionais devendo, no entanto, o dispositivo legal cuja constitucionalidade foi questionada ser interpretado à luz da Constituição.

Pela importância, oportuna a citação de trecho do voto do Ministro Relator: Dos dispositivos constitucionais e precedentes acima citados, forçoso é concluir que a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto a determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias antes mencionadas. Em outras palavras, afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativo no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento. (BRASIL, 2020)

Percebe-se, dessa forma, que no entender do Supremo, o disposto o artigo 3º, inciso III, alínea “d” da Lei Federal nº 13.979/2020 traz hipótese permitida de vacinação compulsória porém não de vacinação forçada sendo apenas indiretas¹³ as sanções a serem aplicadas aqueles que se recusarem a receber a imunização.

¹² “Assim, passou-se a compreender a dignidade humana como um verdadeiro sobreprincípio, concebido para inspirar a convivência pacífica e civilizada entre as pessoas de todo o mundo e, mais precisamente, para impor limites à atuação do Estado e de seus agentes, cujo alcance apresente inequívocos reflexos na discussão da temática aqui tratada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado).

¹³ “Como se constata, a obrigatoriedade da vacinação, mencionada nos textos normativos supra, não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado).

Salienta o Ministro Relator o quase consenso científico acerca dos benefícios da vacinação para o combate da pandemia e o atingimento da chamada “imunidade de rebanho” que contribuirá para a cessação da propagação do vírus¹⁴.

Nessa linha, conclui o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no ensejo de entender constitucional o dispositivo legal questionado, mas a ele conferir interpretação conforme à Constituição, por fixar as seguintes premissas:

(I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento 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 e (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitam 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 (BRASIL, 2020)

Por fim, foi assentada a competência comum de todos os entes federados de promover a imunização da população, em mais uma demonstração do chamado federalismo de cooperação trazido pela Constituição Federal de 1988¹⁵.

Quanto ao ARE 1267879, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral no sentido de não violar a liberdade de convicção religiosa ou filosófica a obrigatoriedade de imunização com vacina registrada no órgão competente e que tenha sua aplicação obrigatória determinada

¹⁴ “Não obstante exista, em tese, essa possibilidade, entendo que, ainda assim, há fundamentos constitucionais relevantes para sustentar a compulsoriedade da vacinação, por tratar-se de uma ação governamental que pode contribuir significativamente para a imunidade de rebanho ou, até mesmo, acelerá-la, de maneira a salvar vidas, impedir a progressão da doença e proteger, em especial, os mais vulneráveis” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado).

¹⁵ “Como se percebe, o federalismo cooperativo, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. Bem por isso, os entes regionais e locais não podem ser aliçados do combate à Covid-19, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do alastramento incontido da doença. Em outros termos, a Constituição outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado).

por lei com base em consenso científico e por ordem emanada de qualquer dos entes federativos¹⁶.

4 A QUESTÃO DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA, AS MITIGAÇÕES REGULATÓRIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A compulsoriedade da vacinação é mais uma das tantas questões que levam ao necessário sopesamento de princípios de igual estatura constitucional para se concluir sobre a sua obrigatoriedade ou não. Trata-se de desafio do intérprete constitucional a ser dirimido em prol do interesse público que norteia toda a atividade administrativa, em especial aquela afeta ao combate de uma pandemia de interesse e importância mundial.

Na clássica lição de Humberto Ávila, regras e princípios diferenciam-se entre si em razão do grau de abstração: princípios se mostram mais abstratos que as regras sendo ambos, no entanto, normas jurídicas¹⁷.

De um lado estão os direitos de liberdade de consciência e de crença e de outro o direito à vida e a saúde de todos. A princípio, não há hierarquia entre tais direitos, todos fundamentais pela letra constitucional, porém estando eles em conflito, como ocorre na análise da vacinação obrigatória de COVID-19, imperiosa se faz a aplicação da técnica de ponderação¹⁸ para se chegar a uma conclusão mais segura sobre quais princípios devem prevalecer.

Oportuna, para tal análise, a citação da doutrina de Robert Alexy:
Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y vice-versa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de que es debido de manera definitiva, mientras que

¹⁶ “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio da vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no programa nacional de imunizações; (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei; (iii) seja objeto de determinação da união, estados e 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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1267879, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, acórdão não publicado)

¹⁷ “Pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, julho, 2001, p. 21)

¹⁸ “Como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade). (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15).

la solución a una colisión entre valores contesta a que es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores (ALEXY, 1988, 145)

E, sopesando os princípios constitucionais em jogo, em especial com a técnica de ponderação anteriormente citada, inegável que o interesse coletivo a vida e a saúde devem se propor aos interesses individuais de liberdade de crença, em especial quando a vacinação almeja atingir a chamada imunidade de rebanho que beneficiaria a todos os cidadãos.

Parecer ser essa a interpretação do próprio legislador infraconstitucional, inclusive, ao prever um verdadeiro interesse público intrínseco a vacinação ao mitigar aspectos regulatórios de aprovação da vacina pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

É o que se extrai do inciso VIII do artigo 3º da Lei COVID que prevê a *“autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus”*, desde que anteriormente aprovados por um dos órgãos estrangeiros listados na Lei.

Louvável, ainda, a previsão contida no § 2º do artigo 3º da Lei Federal 13.979/20 no sentido de garantir o pleno direito a informação sobre os tratamentos a serem ministrados aos pacientes e a sua gratuidade.

Percebe-se, nessa linha, que a obrigatoriedade de vacinação, de forma compulsória, encontra respaldo constitucional, em especial diante da prevalência dos princípios da vida e da saúde em detrimento aos de liberdade de crença, valendo destacar, no entanto, que consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal a vacina obrigatória não é sinônimo de vacina forçada, garantido, assim, o direito de inviolabilidade do corpo e do domicílio.

5 CONCLUSÃO

O combate a pandemia de COVID-19 inegavelmente trouxe desafios novos a todas as áreas do conhecimento e ao direito não poderia ser diferente.

A rápida atuação legislativa levou a aprovação e sanção da Lei Federal nº 13.979/2020 que lançou mão de diversos institutos clássicos do direito administrativo, que haviam caído no desuso, como forma de auxiliar os Administradores no enfrentamento da emergência de saúde pública existente.

Mecanismos como os da requisição administrativa, suspensão temporária de circulação de bens e pessoas e compulsoriedade na realização de exames e tratamentos médicos, inclusive a imunização por meio e vacinas, foram expressamente previstos na legislação.

Surgiu, então, o questionamento acerca da constitucionalidade da vacinação compulsória, colocando em conflito os princípios da liberdade de crença e convicção filosófica, intangibilidade do corpo e inviolabilidade do domicílio de um lado e, de outro, a preservação da saúde e da vida.

Coube ao intérprete e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações constitucionais, realizar a necessária ponderação de interesses e princípios para fixar a compulsoriedade da vacina como forma de atendimento ao interesse público de erradicação do vírus responsável pela pandemia.

A obrigatoriedade da vacina, no entanto, não pode ser entendida como vacinação forçada, sendo garantido ao administrado o direito de recusa em se submeter a imunização. Contudo, a recusa deve ser acompanhada de sanções indiretas a pessoa, como proibição de frequentar determinados lugares, exercer atividades, dentre outras, sempre com expressa previsão legal e objetivando o pleno atendimento ao interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, julho, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3.385 Tutela Provisória, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça Eletrônico de 20.04.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão não publicado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1267879, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, acórdão não publicado.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. A atuação dos tribunais de contas na fiscalização dos atos administrativos relativos ao Covid-19. *in: Direitos em Tempo de Crise COVID-19*. Volume IV, São Paulo: QuartierLatin, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARÇAL, Liliana de Almeida F.S. e MARÇAL, Thiago F.S. Marçal. *O acordo de honra como fato gerados dos atos normativos extraordinários editados pela agência reguladora dos serviços públicos essenciais no período da pandemia da Covid-19*. In: Revista do Advogado – Impactos da COVID-19 no Direito. Nº 148, dez/2020, São Paulo: AASP Editora, 2020.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SCAFF, Fernando Facury e GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *Impactos da COVID na Lei de Responsabilidade Fiscal in: Direitos em Tempo de Crise COVID-19*. Volume IV, São Paulo: QuartierLatin, 2020.