

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2022.20.12500>

OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diogo de Araujo Lima

Autor correspondente: Universidade Paranaense (Unipar). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual e Cidadania. Curitiba/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1487281444971305>. <https://orcid.org/0000-0001-8416-1327>. diogo_araujo_lima@hotmail.com

Tereza Rodrigues Vieira

Universidade Paranaense (Unipar). Umuarama/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1171420054286283>. <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>

RESUMO

A vacinação obrigatória é uma realidade no Brasil desde 1975, por ocasião do advento da Lei nº 6.259/1975. Com a recente autorização pela Anvisa das vacinas contra a Covid-19, reacendeu-se o debate acerca da obrigatoriedade da medida profilática, motivado, especialmente, pelo crescente movimento de hesitação à vacina. O presente estudo propõe-se a tentar construir, em meio ao atual contexto, diretrizes mínimas que possam proporcionar um debate democrático, plural e apartidário acerca da obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 e a correspondente repercussão em relação aos direitos fundamentais. A pesquisa utilizará o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, periódicos científicos e precedentes judiciais. Conclui-se pela constitucionalidade do artigo 3º, inc. III, alínea “d”, da Lei nº 13.979/2020, ao estabelecer a compulsoriedade da vacinação contra Covid-19, contanto, porém, que testadas, certificadas e aprovadas pelos órgãos competentes e atendidos os requisitos de segurança e eficácia.

Palavras-chave: Covid-19; direitos fundamentais; vacinação obrigatória; autonomia individual; saúde coletiva.

VACCINATION COMPULSORY IN LIGHT OF THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Compulsory vaccination has been a reality in Brazil since 1975, with the advent of Law 6.259/1975. With the recent authorization by Anvisa of the vaccines against Covid-19, the debate about the compulsory nature of the prophylactic measure has been rekindled, motivated especially by the growing movement of hesitancy to the vaccine. This study aims to try to build, amid the current context, minimum guidelines that can provide a democratic, plural and nonpartisan debate about the compulsory nature of vaccination against Covid-19 and the corresponding repercussion on fundamental rights. The research will use the deductive method, based on the examination of legal norms, books, scientific articles and judicial precedents. We conclude for the constitutionality of art. 3, inc. III, line “d”, of Law 13.979/2020, when establishing the compulsory nature of vaccination against Covid-19, provided, however, that they are tested, certified, and approved by the competent organs and that the safety and efficacy requirements are met.

Keywords: Covid-19; fundamental rights; mandatory vaccination; individual autonomy; collective health.

Submetido em: 7/7/2021

Aceito em: 30/8/2022

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal n.º 13.979/2020 (BRASIL, 2020a), que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente da Covid-19, estabeleceu, em seu artigo 3º, inciso III, alínea “d”, a possibilidade de vacinação compulsória, desde que atendidas as condições previstas em seu §1º¹ e assegurados os direitos do §2º.²

Com a chegada das vacinas contra a Covid-19 em solo brasileiro, reacendeu-se o debate acerca da obrigatoriedade da medida profilática de vacinação.

De um lado, existe forte movimento de hesitação à compulsoriedade da vacina, cujas razões transitam desde motivos religiosos, passam pela crença de que vacinas não são seguras até chegar às críticas aos interesses financeiros do complexo médico-farmacêutico (BARBIERI; COUTO, 2015, p. 7). Por outro, há amplo consenso quanto às evidências científicas da imunização e sua capacidade de reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis.

Nesse contexto, considerando que a hesitação em tomar vacinas está entre as dez maiores ameaças à saúde mundial (MELLO; FERREIRA, 2020), exsurge o desafio de tentar construir diretrizes que proporcionem um debate democrático, plural e apartidário, à luz das repercussões que a vacinação obrigatória contra a Covid-19 pode gerar em relação aos direitos fundamentais.

Sendo assim, após tratar da origem da vacina, o respectivo conceito e processo de aprovação, o presente ensaio avança para uma sucinta retrospectiva acerca do histórico da obrigatoriedade da imunização e do surgimento do movimento antivacina. Em seguida, passa-se a enfrentar a complexa realidade que a pandemia ocasionada pela Covid-19 impôs aos mais variados ramos do saber, em especial na produção da legislação, na interpretação e na aplicação da norma jurídica. Na quarta e última parte o trabalho adentra na análise dos direitos fundamentais, com foco no estudo do conflito entre bens e valores constitucionalmente relevantes que podem advir com a imposição da vacinação obrigatória. O método utilizado na elaboração do artigo foi o indutivo, com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e dogmática sobre o tema. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de obras e periódicos de autores de referência, tanto nacionais quanto estrangeiros. A fonte primeira de pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e jurisprudência que informam os conceitos de ordem dogmática.

¹ “§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

² “§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:
I – o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
II – o direito de receberem tratamento gratuito;
III – o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3º do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.”

2 NOÇÕES INICIAIS ACERCA DA VACINAÇÃO

A ideia de combater doenças remonta ao período da Antiguidade, na região da Índia, da China e de Constantinopla, em que se criou um método conhecido como “variação”, pelo qual se recolhiam pústulas de varíola ativa, portanto com o vírus ainda contagioso, e aplicavam-nas em uma pessoa saudável (LEVI, 2013).

O termo “vacina” é mais recente e deriva do termo *Variolae vaccinae*, que corresponde à varíola bovina, a primeira ideia de vacina como a que se tem atualmente. Em 1796 o médico inglês Edward Jenner percebeu que ordenhadores de vacas, em sua grande maioria, eram imunes à varíola, que à época vitimava 30% dos infectados. Eles contraíam a versão bovina da doença, mais leve que aquela que acometia os seres humanos e ofereciam maior resistência, sem colocar em risco a própria vida.

A partir de então, vacinas passaram a ser produzidas em massa e vistas como uma das principais formas de combate a doenças (VACINAS, 2020). Elas podem ser conceituadas como sendo a “suspensão de microrganismos patogênicos, mortos ou atenuados, introduzidas num organismo a fim de provocar a formação de anticorpos contra determinado agente infectante” (MICHAELIS, 2020).

O tempo médio de desenvolvimento de uma vacina varia de 10 a 15 anos.³ É o período de tempo para cumprir algumas fases necessárias para que a vacina apresente alto nível de segurança e tenha garantida sua eficácia. Na primeira fase realizam-se estudos acerca de dados científicos; na segunda padroniza-se a metodologia de produção e são aplicados alguns testes; na terceira são executados os chamados testes pré-clínicos, quando a vacina é testada em animais; na quarta e quinta etapas são realizados estudos clínicos em humanos, que são divididos em outras três fases, para análise da segurança (em grupos menores de pessoas para investigação de efeitos adversos),⁴ da imunogenicidade (para investigar qual a força da resposta imunológica) e da eficácia (se realmente cumpre o que propôs: proteger contra a doença). Após, é necessário o registro da vacina, que, no Brasil, se dá pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Na sétima e última fase cientistas acompanham a vacina na pós-comercialização (HOMMA, *et. al.*, 2003).

Além de proteger o indivíduo vacinado, as vacinas “conferem também proteção indireta aos indivíduos não imunes, pela presença e proximidade de indivíduos imunes pela vacinação []. Este fenômeno designa-se imunidade de grupo ou de rebanho” (ADMINISTRAÇÃO..., 2015)

³ Tem-se notícia que a vacina mais rápida já criada, até o presente, desde o momento de formulação, fabricação e distribuição, é a da caxumba, cujo tempo médio constituiu-se em 4 (quatro) anos (GRADY, Helen. Maurice Hilleman, o médico que criou a vacina mais rápida da história por causa da filha de 5 anos. *BBC Witness History*, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53547623>. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴ Como exemplo cita-se o caso de duas das vacinas para a própria Covid-19: em setembro, os testes com a vacina produzida pela Universidade de Oxford foram interrompidos pelo fato de um voluntário ter apresentado possível efeito adverso, consistente em mielite transversa. Mais recentemente, o mesmo procedimento se deu com a vacina da farmacêutica Johnson & Johnson (Oxford e AstraZeneca anunciam retomada de testes da vacina contra Covid-19. *BBC News*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54132279>. Acesso em: 17 out. 2020; Johnson & Johnson interrompe testes da sua vacina contra Covid-19 após um participante adoecer. *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-10-13/johnson-johnson-interrompe-testes-da-sua-vacina-contracovid-19-apos-um-participante-adoecer.html>. Acesso em: 17 dez. 2020).

No dia 17 de janeiro de 2021 a Anvisa autorizou o uso emergencial de vacina contra a Covid-19, a CoronaVac, desenvolvida pelo laboratório da Sinovac em parceria com o Instituto Butantã, e a ChAdOx1 nCoV-19, desenvolvida pela Universidade de Oxford, em parceria com a farmacêutica AstraZeneca, produzida no Brasil pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. Em 23 de fevereiro de 2021 adveio o registro definitivo e aprovação do imunizante produzido pela Pfizer e Biontech. Em 31 de março de 2021 a Anvisa aprovou o uso emergencial da Janssen, da Johnson & Johnson e, por fim, no dia 8 de junho de 2021 sobreveio a aprovação de importação temporária e excepcional das vacinas Sputnik V, da Rússia, e Covaxin, da Índia.

Em decorrência disso, temas como o processo de aprovação das vacinas e a necessidade de imunização coletiva passaram a integrar a agenda dos debates públicos, atraindo interesse acadêmico da matéria à luz da teoria dos direitos fundamentais.

3 HISTÓRICO DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E SURGIMENTO DO MOVIMENTO ANTIVACINA

Os primeiros movimentos de hesitação à vacinação nasceram, segundo o médico infectologista Guido Levi (2013, p. 20), a partir do século 18, especificamente em 1722, quando o teólogo inglês Edmund Mossey apregoava que “doenças são enviadas por Deus para punir pecados, e que qualquer tentativa de prevenir a varíola por inoculação é uma operação diabólica”. Em momento posterior, alguns fiéis *quakers*, na Inglaterra, e batistas, na Suécia, se posicionavam contrários à vacina contra a varíola, sob o pretexto de que seria um pecado grave usar a vacinação para evitar que alguém morra de varíola, se esta fosse essa a vontade divina (RESENDE; ALVES, 2020).

Essa forma de pensar pode ter alterado os destinos da história do Brasil e de Portugal. Por razões religiosas, a rainha Maria I, de Portugal, não permitiu que seu filho primogênito, dom José, fosse vacinado contra a varíola, pois achava que a morte dependia só de Deus e não dos médicos (GOMES, 2007, p. 33, 154, 312). Como consequência, em 1788 dom José, herdeiro da Coroa portuguesa, veio a falecer de varíola, subindo ao trono, em seu lugar, o conhecido dom João IV.

No início do século passado sobreveio um dos episódios mais marcantes contra a vacinação obrigatória: a chamada “Revolta da Vacina”. Depois de combater com sucesso a febre amarela e a peste bubônica que grassavam no Rio de Janeiro, à época capital da República, o médico Oswaldo Cruz, então diretor do Serviço de Saúde Pública, voltou-se ao enfrentamento da varíola, efetivando uma série de ações para tornar efetiva a obrigatoriedade da vacina descoberta pelo inglês Edward Jenner (BRASIL, 2020b). As medidas deram-se com base na Lei nº 1.261/1904 (BRASIL, 1904), que tornou obrigatória a vacinação e a revacinação contra a varíola em todo o país. Sucede que o referido texto legal tornava obrigatória a vacinação, mediante a imposição de uma série de medidas desproporcionais e abusivas, entre as quais o recolhimento obrigatório de eventuais refratários em um prédio

específico destinado ao isolamento.⁵ O evento gerou forte sentimento “vacínofóbico”⁶ na população carioca da época, não tanto pelo ato de vacinação em si, mas pela forma como foi imposta.

Em reforço à hesitação à vacinação, sobreveio a publicação do artigo do médico inglês Wakefield, em 1998, que cogitou de possível associação entre a vacina contra o sarampo e o autismo. Segundo a pesquisa, foi analisado o organismo de 12 (doze) crianças com comportamentos autistas e inflamação intestinal grave que também tinham vestígios do vírus de sarampo. Em razão disso, referido autor e seus colegas suscitaram a hipótese de “problemas” com a vacina MMR, que imuniza contra o sarampo, rubéola e a caxumba, uma vez que ela havia sido aplicada em 11 (onze) das 12 (doze) crianças estudadas (RESENDE; ALVES, 2020).

Além das severas críticas pela metodologia empregada, porque não controlado e de pequena casuística, apurou-se que o estudo havia sido “encomendado” por advogados que atuavam em casos de indenização por danos causados por vacinas. Mesmo com a confirmação da fraude, porém, grupos resistentes à vacinação se fortaleceram e passaram a difundir seus pensamentos em diversos países, surgindo movimentos negacionistas que persistem até os dias atuais (LEVI, 2013).⁷

Isso repercutiu diretamente na cobertura vacinal pelo mundo inteiro. No Brasil, por exemplo, que figura entre os países com mais de 50% da população confiante na vacinação, houve queda na confiança entre 2015 e 2019 (DE FIGUEIREDO *et al.*, 2020). A confiança na segurança das vacinas, que era de 70% a 79,9%, passou para 60% a 69,9%; com relação à importância, passou de 90% a 99,9% para 80% a 89,9%; e a confiança na sua efetividade, de 70% a 79,9% para 60% a 69,9% (DE FIGUEIREDO *et al.*, 2020). Com isso, doenças até então erradicadas ou controladas, como o sarampo, reapareceram. Em 2018, a Organização Mundial da Saúde registrou o maior número de sarampo no mundo desde 2006 (COUTO; BARBIERI;

⁵ Entre as medidas coercitivas, o Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, estipulava: “I. A apreensão e destruição de generos deteriorados ou considerados nocivos á saúde, assim como a cassação de licença fechamento, serão feitos por simples actos da autoridade administrativa; o sequestro e venda de animaes ou objectos cuja existencia nas habitações fôr prohibida, depois da competente apreensão pela autoridade administrativa, serão feitos pela autoridade judicial por meio do processo que fôr estabelecido. II. A declaração de interdicção de predios, obras e construcções por parte da autoridade administrativa terá por effeito: 1º Serem elles desoccupados amigavel ou judicialmente pelos inquilinos dentro de um a oito dias, conforme a urgencia; 2º Serem reparados ou demolidos pelos seus proprietarios no prazo que lhes fôr assignado. Si estes se recusarem fazel-o, as reparações ou demolições serão feitas á sua custa, ficando em um ou outro caso o predio ou terreno por elle occupado legalmente hypothecado para garantia da despeza feita, classe o dia da declaração da interdicção. Quanto ás obras e construcções: 1º Serem ellas immediatamente suspensas; 2º Serem reparadas ou demolidas nas mesmas condições e com os mesmos onus que os prédios (BRASIL. *Decreto nº 1.151*, de 5 de janeiro de 1904. Reorganiza os serviços da hygiene administrativa da União. Disponível em: <https://bit.ly/3iIVRgD>. Acesso em: 20 dez. 2020).

⁶ Nas palavras de Pedro Jimenez Cantisano, “Desenvolveu-se, então, entre a população do Rio de Janeiro, um sentimento “vacínofóbico”, baseado tanto em conhecimento científico médico-sanitário quanto em uma variedade de tradições culturais afrobrasileiras, contrárias à interferência médica indevida. Esta longa história de rejeição à vacina na cidade ajuda a explicar os acontecimentos de novembro de 1904. A autorização dada aos agentes do Estado para entrar nas residências cariocas e vacinar forçadamente a população desencadeou atos de violência” (LARES, TRIBUNALIS e RUAS: a Inviolabilidade de Domicílio e a Revolta da Vacina. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 294-325, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/30YJxCO>. Acesso em: 16 dez. 2018, p. 299).

⁷ Sobre o tema, confira-se: WARRAICH, Haider Javed. Oposição religiosa à vacinação contra a poliomielite. *Emerg Infect Dis.*, v. 15, n. 6, p. 978, 2009.

MATOS, 2020, p. 3), fazendo inclusive com que o Brasil perdesse o Certificado de Eliminação do Sarampo, entregue pela Organização Pan-Americana de Saúde (Opas).

A queda nos índices de vacinação no Brasil, embora causada por múltiplos fatores, tem na desinformação da população um dos seus principais componentes (MELLO; FERREIRA, 2020). No caso específico da Covid-19, isso pode tomar proporções ainda imensuráveis, por conta da sucessiva difusão de (des)informações contrárias à vacina, inclusive por órgãos oficiais da saúde e pelo próprio governo federal. O atual presidente da República, aquele que já chegou a equiparar a infecção pela Covid-19 a uma “gripezinha” (BASILIO, 2020) e a dizer “Alguns vão morrer? Não, ué, lamento. É a vida” (*Idem, Ibidem*), posiciona-se publicamente contra a obrigatoriedade da vacina, a ponto de dizer que “Se você virar um jacaré, é problema seu” (UOL, 2020), referindo-se a eventuais efeitos colaterais do imunizante.

Tudo isso em um país que contabiliza aproximadamente 974 (novecentos e setenta e quatro) mortos para cada 1 (um) milhão de habitantes, atrás dos Estados Unidos e à frente de outros países dos Brics, como Rússia (446 mortos), Índia (110 mortos), China (3 mortos) e África do Sul (614 mortos) (SCAFF, 2021).

Nesse contexto, considerando que a hesitação em tomar vacinas está entre as dez maiores ameaças à saúde mundial (MELLO; FERREIRA, 2020), o desafio é construir caminhos que proporcionem um debate democrático, plural e apartidário, edificado não em ideologias, mas sim a partir de pesquisas baseadas em evidências científicas.

4 OS REFLEXOS DA COVID-19 NA COMPREENSÃO DA REALIDADE E NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

No final de dezembro de 2019 a China tomou conhecimento de uma forma de pneumonia diferente daquelas que até então eram conhecidas e estudadas. A doença, logo no princípio, ocasionou a morte de aproximadamente 50 (cinquenta) pessoas na cidade de Wuhan. Com impressionante capacidade de transmissão, o vírus veio para quebrar paradigmas, gerando movimentos de pesquisas e estudos em número e velocidade não presenciados até então na comunidade científica. Descobriu-se, então, tratar-se de uma nova linhagem de coronavírus⁸ que ainda não havia contaminado seres humanos, que veio ser denominada de Covid-19.

A maioria dos infectados pela nova doença havia frequentado o mercado de Huanan, conhecido por vender frutos do mar e animais silvestres vivos ou abatidos no local, o que direcionou as pesquisas quanto à origem do vírus derivada de morcegos.

Em decorrência do crescente número de casos e da sua gravidade, a Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pela Covid-19 constitui Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (WHO, 2020). Pouco tempo depois, em meados de março de 2020, reconheceu-se o quadro de pandemia mundial.

⁸ As outras linhagens são: alfacoronavírus 229E, alfacoronavírus NL63, betacoronavírus OC43, HKU1, SARS-COV e MERS-COV. (PALMA, Ana. Coronavírus. *Saúde*. Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=1438&sid=8>. Acesso em: 29 jan. 2021).

No Brasil, o primeiro caso de Covid-19 foi confirmado pelo Ministério da Saúde em 26 de fevereiro de 2020. Após a constatação, passou-se a noticiar a rápida transmissão da doença.⁹ Em 3 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), por meio da Portaria n.º 188/2020 (BRASIL, 2020c).

Estudos científicos, em escala mundial, são realizados para tentar compreender a origem da doença, como ela se tornou o maior inimigo global do momento e medidas para tratamento e cura, em especial a busca por uma vacina.

Eventos inesperados acontecem e podem atingir a vida humana, a sociedade e o meio ambiente. Mesmo os eventos previsíveis pela tecnologia, por exemplo, advindos da natureza decorrentes de questões climáticas ou até eventos catastróficos, como tsunamis e furacões, produzem resultados imprevisíveis. Com isso gera-se uma desordem, que, segundo Edgar Morin (1998), é tão constituinte da realidade quanto a ordem. Não há dúvidas de que a pandemia causada pela Covid-19 causou, e vem causando, graves impactos de ordem econômica, social, política e de saúde. Disso resultam reflexões sobre ordem-desordem-organização (MORIN, 1998, p. 17-19).

Dúvidas dos “tempos de pandemia”, como vem sendo chamado o atual momento, representam controvérsias inerentes ao progresso da ciência. Segundo o filósofo francês, não é momento para se desacreditar na ciência, mas sim compreender que ela é muito mais complexa do que se possa imaginar (MORIN, 2020). Em suas exatas palavras:

*L'épisode que nous vivons aujourd'hui peut donc être le bon moment pour faire prendre conscience, aux citoyens comme aux chercheurs eux-mêmes, de la nécessité de comprendre que les théories scientifiques ne sont pas absolues, comme les dogmes des religions, mais biodégradables...*¹⁰

Conforme já defendido por um dos autores (TURBAY JUNIOR; LIMA; NOVAK, 2021, p. 58), o Direito não escapa a essa realidade. Quando é tratado como um sistema fechado e autorreferente sob a justificativa de segurança embasada em certezas absolutas, enfrenta a inexorável contingência das incertezas e é frustrado pelas inefetividades e não concretização de suas regras. Não há dúvida de que ele se constitui como ciência, com teorias e metodologias próprias, diferentes de outras ciências, em especial as naturais. Por conta, no entanto, da realidade sobre a qual incide, relaciona-se com todos os saberes na busca de respostas para a humanidade, para a sociedade e para toda ordem natural (considerando todo o ambiente em que se vive).

A realidade complexa precisa ser levada em consideração na construção do Direito, tanto na produção da legislação quanto na respectiva interpretação e aplicação. Não é possível desvincular essa conjuntura da atividade do legislador e do jurista (*ex facto oritur jus*). A complexidade, portanto, é algo que deve ser levado em consideração nos pronunciamentos jurídicos. Luís Roberto Barroso (2016) descreve que:

⁹ Determinada por índice denominado de *Rt*, que indica para quantas pessoas cada infectado pode transmitir o vírus.

¹⁰ O episódio que estamos enfrentando hoje pode, portanto, ser o momento certo para conscientizar os cidadãos e pesquisadores da necessidade de entender que as teorias científicas não são absolutas, como os dogmas das religiões, mas biodegradáveis. Tradução em: <https://www.fronteras.com/entrevistas/edgar-morin-as-certezas-sao-uma-ilusao>. Acesso em 21 dez. 2020.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer [...] (p. 135).

Com a recente chegada das vacinas contra a Covid-19, reacendeu-se o debate sobre a obrigatoriedade da vacinação. A Lei Federal nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a), que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente da Covid-19, estabeleceu, em seu artigo 3º, inciso III, alínea “d”, a possibilidade de vacinação compulsória, desde que atendidas as condições previstas em seu §1º e assegurados os direitos do §2º.

A normativa suscita interessantes discussões sobre a interpretação dos novos textos normativos à luz da hermenêutica constitucional, diante do potencial conflito entre bens e valores tutelados pela Constituição Federal de 1988 e conseqüente tensão entre autonomia individual e saúde coletiva, a merecer maiores reflexões no âmbito acadêmico.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO

O conceito contemporâneo de direitos humanos começa a se desenhar a partir da Idade Moderna, ao final do século 15 e início do século 16, com o Renascimento e outros acontecimentos históricos, mas o impulso decisivo veio com o Iluminismo, a partir do século 18 (BARROSO, 2020, p. 490). Subjacente à ideia de direitos humanos, estava a de jusnaturalismo, que se consolidou a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que marcou a Revolução Francesa. A partir de então, os direitos humanos passaram a integrar o texto constitucional de diversos países europeus.

Foi, contudo, a partir das barbáries praticadas nos séculos 19 e 20, especialmente pelo nazismo e pelo fascismo, que os direitos humanos passaram a assumir o significado pelo qual são conhecidos atualmente. Cuida-se, na concepção de Luís Roberto Barroso (2020), de “uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça” (p. 492).

Os direitos fundamentais nada mais são que os direitos humanos incorporados aos ordenamentos jurídicos internos nas respectivas Constituições. Isso pode ocorrer tanto de forma expressa como implícita, no texto constitucional ou no chamado bloco de constitucionalidade, que contempla tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, §2º, da CF).¹¹

¹¹ No emblemático caso da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, no RE 466.343/SP, concluiu pelo *status* normativo supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, que versa sobre direitos humanos. Do acórdão extrai-se: “Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.460/2002)” (STF, BRASIL, Recurso Extraordinário nº 46.6343/SP – São Paulo, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009).

Sob a rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”, a Constituição Federal de 1988, em seu Título II, elenca um rol de direitos e garantias, cujo centro axiológico deita raízes no princípio da dignidade da pessoa humana.¹² Ali estão direitos que vão de prestações positivas/negativas do Estado e de agentes privados,¹³ passam pela previsão de poderes, cujo conceito envolve a sujeição de outrem à vontade do titular,¹⁴ até culminar com as liberdades,¹⁵ enquanto comportamentos que independem de qualquer prestação de terceiros (BARROSO, 2020, p. 502).

Na primeira categoria, o exemplo mais emblemático talvez seja o direito à saúde, consagrado, dentre outros, nos artigos. 6º, “caput”, e 196, ambos da CF (BRASIL, 1988). Na segunda, enquadra-se o direito de votar pela derrubada de um veto presidencial no Congresso Nacional (BARROSO, 2020, p. 502). Já a terceira está associada à ideia de autonomia privada (direitos e liberdades individuais),¹⁶ que, para a hipótese levantada, pode ser traduzida na intimidade (art. 5º, II, da CF), na liberdade de expressão (art. 5º, IX) e na intangibilidade do corpo (art. 5º, *caput*).

Não há dúvidas de que a autonomia individual e o direito à saúde, entre tantos outros direitos e valores fundamentais contemplados na CF e tratados de que o Brasil seja signatário, ostentam posição jurídica privilegiada e figuram como marco axiológico do sistema constitucional, imune, portanto, ao próprio poder constituinte reformador (art. 60, §4º, da CF).

Ocorre que esses direitos podem entrar em rota de colisão entre si ou com outros direitos ou bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição. E aí surge a grande questão: como resolver a tensão entre direitos fundamentais? Conflitos entre direitos fundamentais são questões extremamente complexas e de difícil solução (*hard cases*).¹⁷

Antes de mais nada, deve-se ter assente que entre normas constitucionais inexistente hierarquia. De acordo com o princípio da unidade, a Constituição é um sistema único e indivisível. Já os princípios do efeito integrador e da concordância prática (ou harmonização) preconizam a compatibilização dos princípios e dispositivos constitucionais conflitantes, com o escopo de

¹² A dignidade da pessoa humana é tida como um superprincípio, que ocupa posição basilar de todos os outros. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: “A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Tribunal Pleno. Min. Relator: Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em: 19. dez. 2020).

¹³ Direitos como o de não ser preso arbitrariamente, à saúde, educação, etc.

¹⁴ Poderes correspondem aos direitos potestativos do Direito Civil.

¹⁵ O direito geral de liberdade, conforme Barroso, assegura a possibilidade de fazer tudo o que não seja interditado por lei (2020, p. 502).

¹⁶ A autonomia privada, associada ao valor liberdade, que compôs o slogan da Revolução Francesa, é considerada como um direito de primeira dimensão, na clássica categorização criada pelo professor Karel Vasak, em 1979, na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

¹⁷ Para o filósofo e jurista norte-americano Ronald Dworkin, a expressão “hard cases” presta-se a identificar os casos concretos de difícil solução, basicamente, por três motivos: 1. porque nenhuma “regra” apresenta solução para o caso; 2. porque o intérprete se depara com normas de caráter aberto, as quais precisam ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz; 3. pelo fato de serem aplicáveis a esses casos, ao mesmo tempo, vários princípios (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

dirimir a colisão entre direitos fundamentais sem o sacrifício de proteção a determinados bens jurídicos,¹⁸ promovendo-se a integração social (CAMBI; LIMA; NOVAK, 2020, p. 326).

A vagueza, polissemia de seus signos, associada ao caráter plural e dialético da Constituição Federal, agregam dificuldades na definição do âmbito de proteção de cada um dos direitos fundamentais (BARROSO, 2020, p. 508).

No Brasil foi promulgada, em 6 de fevereiro de 2020, a precitada Lei Federal nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a), cujo artigo 3º, III, “d”, previu a possibilidade de vacinação compulsória, mas deverá, nos termos de seu §1º, ter “base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Ao tornar obrigatória a vacinação, o legislador restringiu direitos fundamentais, retirando, por exemplo, daquele que, do espectro da autonomia de vontade, não quer vacinar-se, a opção de se manter tal como está. Os motivos da recusa podem ser os mais diversos e se, por exemplo, tiver fundo religioso,¹⁹ poderá restringir outro direito fundamental consagrado no artigo 5º, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2018a), que trata da liberdade de crença ou de religião.

Certo é, no entanto, que, ao estabelecer a compulsoriedade, o legislador o fez na perspectiva da promoção de outros direitos fundamentais e de bens igualmente relevantes do ponto de vista constitucional.

A limitação a direito fundamental por ação do legislador é plenamente admitida pelos adeptos da chamada teoria externa, como Peter Häberle (2003, p. 69) e Robert Alexy (2008). A questão é saber se a norma restritiva encontra, ou não, fundamento constitucional ou no bloco de constitucionalidade.

Uma das técnicas mais difundidas para lidar com tensões e colisões de direitos fundamentais é a da ponderação, que tem no jusfilósofo Robert Alexy um de seus principais expoentes. De acordo com Luís Roberto Barroso, a técnica da ponderação cuida não propriamente de um critério material para a solução de problemas, “[] mas de um critério lógico de raciocínio, destinado a dar racionalidade e transparência à construção argumentativa feita pelo intérprete” (2020, p. 511).²⁰

Há diferentes modos de desenvolver o raciocínio ponderativo. O mais difundido deles remete aos três estágios preconizados por Alexy (2008): o primeiro consiste na determinação do grau de não satisfação ou de afetação de um primeiro princípio; o segundo, em estabelecer a importância da satisfação do princípio concorrente e o terceiro destina-se a aferir se a importância na satisfação do segundo princípio justifica o sacrifício feito em relação ao primeiro.

A autonomia individual, o direito à privacidade, à intimidade e à intangibilidade do corpo humano constituem expressões do valor da liberdade, enquanto proteção dos indivíduos

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

¹⁹ Na última década, o Talibã emitiu um decreto no Paquistão e no Afeganistão proibindo a vacinação de poliomielite entre seus fiéis (WARRAICH, 2009). Já em 1994 nos EUA, uma comunidade chamada “Christian Science” proibiu o uso não só de vacina, mas também de qualquer tipo de medicamento sob o argumento de que “ninguém pode ir contra a vontade de Deus”, gerando, assim, uma epidemia de sarampo nos estados de Missouri e Illinois (LEVI, 2013).

²⁰ Atento à resolução dos conflitos normativos, o artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018b), estabelece que, no “caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (CAMBI; LIMA; NOVAK, 2020, p. 327).

perante o Estado. Cada pessoa deve ter autodeterminação e fazer as escolhas daquilo que entender o seu ideal de vida. São direitos dotados de fundamentalidade material e que encerram dimensão jusnaturalista, “não dependendo, para sua validade, de institucionalização, positividade ou mesmo efetividade social” (BARROSO, 2020, p. 492). São direitos pré e supraestatais que funcionam como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico (BOROWSKI, 2003, p. 31). Por isso, eles não são concedidos, mas reconhecidos pelo Estado.

Partindo dessa premissa, é possível conceber que ao cidadão, na preservação de sua própria saúde, considerada de forma ampla e holística, cabe definir qual será o melhor tratamento para si próprio (NOGUEIRA; SANTOS, 2020, p. 227). Insere-se, nesse contexto, a autonomia do paciente em submeter-se, ainda que com algumas reservas, a terapêuticas experimentais, mediante prévio consentimento²¹ esclarecido do paciente pelo profissional da medicina responsável.²²

Especificamente no âmbito da biomedicina, a reverência à integridade física, psíquica e moral das pessoas recebeu especial atenção no início da fase de testes das vacinas autorizadas no Brasil e em diversos outros países, por conta dos procedimentos médicos e experimentos científicos que estavam em fase de concepção (BRASIL 2020b).

Por sua vez, o direito à saúde, como espécie de direito social, veicula norma jusfundamental de prestações positivas e negativas do Estado e agentes privados. Pode ser conceituado, sob o viés da prestação positiva, como dever do Estado de estabelecer “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” (artigo 196 da CF), e, por uma dimensão negativa, como “um direito de defesa, que afasta intervenções estatais indevidas na integridade psicofísica do indivíduo” (SARLET, 2007, p. 8).

O Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil faz parte, trouxe importante conceito de saúde, sob um prisma coletivo,²³ ao estabelecer que “A saúde é um

²¹ Na Europa, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face as Aplicações da Biologia e da Medicina estabelece, em seus artigos. 1º e 5º, o que a doutrina conhece por “livre consentimento informado”.

²² Nesse sentido, o artigo 31, IV, do Código de Ética Médica, objeto da Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, preconiza que é vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

²³ “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

Os governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas” (Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jan. 2021).

estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Arelada a essa perspectiva e ao contexto de luta contra doenças endêmicas, o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado pelo Brasil por meio do Decreto 591/1992 (BRASIL, 1992), prevê que os Estados-Partes deverão adotar medidas que se façam necessárias para assegurar “A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças”.

O direito à saúde, portanto, relaciona-se não apenas com o bem-estar do indivíduo, na condição de membro integrante de uma comunidade, mas também dela própria, como bem jurídico coletivo. Assim sendo, “uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também das pessoas e da sociedade” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9).

Atualmente é consenso entre autoridades sanitárias que a vacinação se constitui como um dos principais mecanismos de controle e erradicação de doenças infecciosas transmissíveis. Para que surta o efeito esperado, porém, a imunização deve ocorrer de forma massiva, capaz de ensinar a chamada “imunização em rebanho”, pela qual indivíduos vacinados protegem a si próprios e aos não imunizados, levando ao controle e até à eliminação completa da circulação do agente infeccioso (BARBIERI; COUTO; AITH, 2017, p. 2).

No caso da vacinação contra a Covid-19, a prevalecer, de modo irrestrito, a liberdade de resistência à imunização, será exposto a risco não a autonomia individual de quem se nega a se vacinar – cuja preservação, se afetasse exclusivamente a si próprio, justificaria um balanceamento diferenciado – mas o direito de toda uma coletividade, cuja saúde ficará à mercê da livre circulação do vírus.

Com efeito, não é razoável que, em nome de um direito individual, toda uma coletividade seja colocada em risco, tampouco que aquele que deliberadamente se recusou a se vacinar possa se aproveitar da restrição a direito alheio, por meio da imunização em rebanho. Seria permitir que alguém alcançasse a imunidade, quando ele próprio, o refratário/beneficiário, absteve-se de fazê-lo, invocando autonomia da vontade e liberdade.

A questão assume especial relevo porque boa parte da população ressent-se de alguma contraindicação à vacinação, a exemplo de gestantes, pessoas com imunidade comprometida e crianças que ainda não atingiram idade própria.²⁴ Esse público, considerado vulnerável, seria diretamente afetado pela postura refratária e não teria outra alternativa a não ser contar com a própria sorte, ante as incertezas que permeiam a Covid-19.

Da jurisdição constitucional comparada colhe-se recente precedente da Alemanha, julgado em maio de 2020, que foi citado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 6586 (BRASIL, 2020b), em cujo âmbito se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 13.979/2020. Segundo o julgado, na Alemanha o regime jurídico sanitário permite ao Ministério Federal da Saúde ordenar que setores ameaçados da população participem de vacinações ou outras medidas de profilaxia específicas, se uma doença transmissível ocorrer com formas

²⁴ VAN DEN HOVEN, Mariëtte. Why One Should Do One's Bit: Thinking about Free Riding in the Context of Public Health Ethics, *Public Health Ethics*, v. 5, n. 2, 2012. p. 154-160.

cl clinicamente difíceis de serem combatidas e correr o risco de espalhar epidemicamente. A constitucionalidade da matéria chegou à Corte Constitucional alemã em razão de um dispositivo legal que estabelecia que as crianças cuidadas em uma creche coletiva devem ter proteção vacinal suficiente contra o sarampo ou imunidade comprovada a essa doença, a menos que não possam ser vacinadas devido a alguma contraindicação médica.

Os autores do pedido, no citado precedente, alegavam que as exigências de vacinação “interferiam desproporcionalmente no direito fundamental à integridade física” e que, no caso, teria havido ainda uma “interferência desproporcional nos direitos parentais dos genitores de decidirem se os seus filhos deveriam ou não ser submetidos às vacinas” (BRASIL, 2020b). De acordo com Gilmar Mendes,

O Bundesverfassungsgericht resolveu o suposto conflito entre direitos fundamentais des-cortinando a alegada dicotomia entre a preservação de uma posição jurídica individual e o dever coletivo. Nos termos da decisão publicada, considerou-se que “as vacinas contra o sarampo em certas instalações comunitárias não se destinam apenas a proteger o indivíduo contra a doença, mas também previnem a propagação da doença na população quando as taxas de contaminação forem suficientemente altas”. Desse modo, a rigor, as medidas “também protegeriam os indivíduos que não podem ser vacinados por razões médicas, mas que correm o risco de sofrer se não forem vacinados”. Assim, concluiu-se que “o objetivo da lei de proteção contra o sarampo é a proteção da vida e da integridade física, à qual o Estado também é, princípio, obrigado em virtude do seu dever fundamental de proteção previsto no art. 2.2. da Grundgesetz” (tradução livre) (BRASIL, 2020b).

Quando se refere à “coletividade”, adota-se um conceito mais amplo da expressão que não propriamente aquele vinculado a um grupo de pessoas de determinado território, país ou nação. No atual cenário de pandemia da Covid-19, a política sanitária e comportamento de determinados grupos de um país podem repercutir em escala global. Em locais onde, por escassez da vacina, falta de infraestrutura, incompetência ou intencionalidade, não se adotar a vacinação contra a Covid-19, novas cepas continuarão surgindo nesses locais, exigindo atualização das vacinas que estão em curso e que se vacinem todos aqueles que já receberam o imunizante. Seria um cenário de pandemia sem fim, como parece de fato estar ocorrendo com o surgimento de novas variantes (CIENTISTAS..., 2021).

Aqui, é fundamental ter em mente que a noção de direito fundamental conecta-se com o correspondente dever fundamental, imprescindível para garantia daquele. São duas faces da mesma moeda. No que concerne aos deveres fundamentais relacionados à saúde, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008) ressaltam que, embora o Estado seja titular da maior parte deles, isso “não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas” (p. 7), aduzindo que “a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um” (*Idem, Ibidem*).

No âmbito da vacinação contra a Covid-19, para que o Estado atenda o seu dever de promover a saúde adequada de todos, é preciso que os particulares cumpram com o

correspondente dever de se submeter à vacinação, sem a qual o direito fundamental à saúde não será atingido.²⁵

Nunca é demasiado recordar que o valor fundamental da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF) identifica, entre seus elementos, três aspectos:

- (i) o valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros; (ii) a *autonomia* individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurado um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; e (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos das outras pessoas e por imposição normativa válida (*valor comunitário*) (BARROSO, 2020, p. 492).

Considerando que no caso da Covid-19 existe norma válida, editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República (valor comunitário), também pelo viés da dignidade humana subsiste fundamento constitucional para permitir compulsoriedade na imunização.

Muito antes da promulgação da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a), já existia no Brasil legislação prevendo a vacinação obrigatória. Em 1975 foi editada a Lei nº 6.259 (BRASIL, 1975), ainda vigente, que regulamenta o Plano Nacional de Imunizações, que já contemplava a compulsoriedade.²⁶ Referida norma foi regulamentada pelo Decreto 78.231/1976 (BRASIL, 1976), cujos artigos 27 e seguintes tornam obrigatórias as vacinações definidas pelo Ministério da Saúde contra as doenças imunopreveníveis, e, além disso, estabelecem o dever, de todo cidadão, de submeter a si e aos menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade à vacinação obrigatória.

Em reforço, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2018c) estabelece, em seu artigo 14, parágrafo primeiro, a vacinação obrigatória de todas as crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

À luz da proporcionalidade, na condição de mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições de direitos fundamentais, a intervenção mediante imunização obrigatória mostra-se apropriada, porquanto (i) adequada para produzir o resultado pretendido (reduzir a morbidade produzida pelo vírus da Covid-19); (ii) necessária para a proteção da saúde coletiva e individual (sem ela, não haverá eliminação do agente infeccioso) e (iii) o ganho (proteção à vida e à saúde individual e coletiva) é, indubitavelmente, mais valioso que o bem sacrificado (autonomia individual).

²⁵ Nesse sentido, para José Renato Venâncio Resende e Cândice Lisbôa Alves (2020), “A vacinação revela-se, pois, como dever constitucional decorrente do direito fundamental à saúde, dirigido ao Estado. Por exemplo, ainda que haja um indivíduo que se esquite da vacinação, ele próprio, bem como todos os outros, são titulares do direito à saúde, que o Estado deve respeitar, proteger e promover (RESENDE; ALVES). As pessoas têm direito a uma situação de saúde pública adequada, e, por esse direito, cada sujeito tem o dever de ser imunizado – ainda que isso constitua uma limitação à dimensão negativa do direito à saúde” (*op. cit.*, p. 139).

²⁶ A Lei 6.259/1975, que institucionalizou a prática, dispõe o seguinte: “Art. 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório. Parágrafo único. As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional”.

Acena-se, pois, com a proposta endossada pela Suprema Corte,²⁷ no sentido de contemplar a viabilidade da imposição da vacina como uma decorrência lógica da norma do artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos, motivo que conduz à constitucionalidade do artigo 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020, ao estabelecer a obrigatoriedade da imunização em razão da Covid-19, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas.

6 CONCLUSÕES

A vacinação obrigatória é uma realidade de longa data no Brasil e no mundo como técnica eficaz no tratamento de doenças infecciosas transmissíveis. Em termos legislativos, existe norma impositiva desde 1975, cujo teor veio a ser reforçado recentemente pela novel Lei nº 13.979/2020.

Não obstante os avanços produzidos ao longo dos últimos anos, há um crescente movimento de recusa que vem minando as conquistas até então alcançadas em termos de cobertura vacinal. Com isso, doenças até então erradicadas ou controladas, como o sarampo, reapareceram.

A limitação a direito fundamental por ação do legislador, como ocorreu com o advento da citada Lei nº 13.979/2020, é admitida na hermenêutica constitucional, contudo é preciso observar se a norma restritiva encontra, ou não, fundamento constitucional ou no bloco de constitucionalidade.

Para chegar a essa resposta, percorreram-se os três estágios da técnica da ponderação proposta pelo jusfilósofo Robert Alexy para lidar com tensões de direitos fundamentais. Identificaram-se, num primeiro momento, valores e direitos conflitantes: por um lado, autonomia individual, direito à privacidade, intimidade e intangibilidade do corpo humano, como expressões do valor da liberdade; por outro, direito à saúde, em sua individual/coletiva e nas dimensões positiva/negativa. Fixado o grau de não satisfação ou de afetação dos direitos, concluiu-se, à luz do complexo contexto da pandemia ocasionada pela Covid-19, que a importância na satisfação do direito coletivo à saúde e seus consectários justifica sacrifício

²⁷ Como o Supremo Tribunal Federal lembrou quando da apreciação da medida cautelar na ADI 6586 (BRASIL, 2020b), que tinha por objeto as disposições da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a): “A compulsoriedade da imunização não é, contudo, como muitos pensam, a medida mais restritiva de direitos para o combate do novo coronavírus. Na verdade, ela pode acarretar menos restrições de direitos do que outras medidas mais drásticas, a exemplo do isolamento social. Sim, porque as medidas alternativas tendem a limitar outros direitos individuais, relacionados, por exemplo, à liberdade de ir e vir ou de reunião, dentre outros, que têm o potencial de gerar efeitos negativos para as atividades públicas e privadas, afetando, em especial, a economia”.

Na referida ação de controle concentrado, firmou-se entendimento, por maioria, em sede de repercussão geral, no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a) e fixar a seguinte tese: “(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”.

da autonomia individual, inclusive pelos reflexos na esfera jurídica e na saúde de quem se recusa a se vacinar.

Igualmente pelo viés da proporcionalidade, a intervenção mediante imunização obrigatória mostra-se apropriada, uma vez que adequada para produzir o resultado pretendido, necessária para a proteção da saúde coletiva e individual e o benefício é, indubitavelmente, mais valioso do que aquilo que se sacrifica.

Conclui-se pela constitucionalidade do artigo 3º, inc. III, alínea “d”, da Lei nº 13.979/2020, ao estabelecer a compulsoriedade da vacinação contra Covid-19, contanto, porém, que testadas, certificadas e aprovadas pelos órgãos competentes e atendidos os requisitos de segurança e eficácia.

A necessidade de certificação e aprovação por agência científica é fundamental, pois assegura a segurança necessária aos usuários do imunizante, considerando que, para se chegar à fase de chancelamento é necessário, antes, percorrer diversas etapas criadas e reconhecidas internacionalmente, que vão desde os estudos laboratoriais, passam pela fase de ensaios propriamente ditos até chegar nos estudos de casos (WHO, 2021).

Ao cabo de todo procedimento será possível assegurar que a vacina estará apta a produzir os efeitos que dela se esperam e não oferecerá riscos à saúde, requisitos imprescindíveis para o Estado exigir obrigatoriedade na sua aplicação.

7 REFERÊNCIAS

ADMINISTRAÇÃO de vacinas e medicamentos injetáveis por farmacêuticos. Uma abordagem prática. Coordenação Gabriela Moura Plácido e Mara Pereira Guerreiro. *Ordem dos Farmacêuticos*, 2015. Disponível em: <http://www.ordemfarma> https://www.ordemfarmaceuticos.pt/fotos/qualidade/administracao_de_vacinas_e_medicamentos_injetaveis_por_farmaceuticos_uma_abordagem_pratica_17036922485cacca3188654.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, end representation. *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, p. 572, 2005.

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. *Cad. Saúde Pública [on-line]*, v. 33, n. 2, 2017.

BARBIERI, Carolina Luisa Alve; COUTO, Márcia Thereza. Decision-making on childhood vaccination by highly educated parents. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 49, art. 18, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BASILIO, Ana Luzia. Retrospectiva: as piores declarações de Bolsonaro sobre a pandemia. *Carta Capital [on-line]*, 26 dez. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/retrospectiva-as-piores-declaracoes-de-bolsonaro-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. *Lei 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020a*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6586*. Distrito Federal. 2020b. Presidência do Ministro Luiz Fux. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. *Lei 1.261, de 31 de outubro de 1904*. Torna obrigatórias, em toda a República, a vacinação e a revaccinação contra a variola. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html#:~:text=Torna%20obrigatorias%2C%20em%20toda%20a,dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil%3A&text=1%C2%BA%20A%20vaccina%C3%A7%C3%A3o%20e%20revaccina%C3%A7%C3%A3o,obrigatorias%20em%20toda%20a%20Republica>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 188 de 2020c*. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018a.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018b.

BRASIL. *Decreto 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Lei 6.259, de 30 de outubro de 1975*. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976*. Regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78231.htm#:~:text=DECRETO%20No%2078.231%2C%20DE,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018c.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saudeomswho.html>. Acesso em: 17. jan. 2021.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. “Isolamento social e reabertura de atividades não essenciais: controle judicial de atos discricionários em tempos de Novo Coronavírus (COVID-19)”. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 1018, p. 323-342, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CIENTISTAS apontam que variante Delta aumenta o risco de reinfecções da Covid-19. *CNN Brasil*. Rio de Janeiro, 28 junho 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/06/28/cientistas-apontam-que-variante-delta-aumenta-o-risco-de-reinfecoes-da-covid-19>. Acesso em: 1º jul. 2021.

COUTO, Márcia Thereza; BARBIERI, Carolina Luisa Alves; MATOS, Camila Carvalho de Souza Amorim. Considerações sobre o impacto da Covid-19 na relação indivíduo-sociedade: da hesitação vacinal ao clamor por uma vacina. *Cad. Saúde Pública [on-line]*, v. 33, n. 2, 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DE FIGUEIREDO, Alexandre *et al.* Mapping global trends in vaccine confidence and investigating barriers to vaccine uptake: a large-scale retrospective temporal modelling study. *The Lancet*, v. 396, n. 10.255, p. 898-908, 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31558-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31558-0/fulltext). Acesso em: 22 dez 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- HOMMA, Akira *et al.* Desenvolvimento tecnológico: elo deficiente na inovação tecnológica de vacinas no Brasil. *História, Ciências, Saúde Manguinhos*, v. 10 (suplemento 2), p. 671-896, 2003. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/32002/2/homma_bio_fiocruz.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.
- JOHNSON & JOHNSON interrompe testes da sua vacina contra covid-19 após um participante adoecer. *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-10-13/johnson-johnson-interrompe-testes-da-sua-vacina-contracovid-19-apos-um-participante-adoecer.html>. Acesso em: 17 out. 2020.
- LEVI, Guido Carlos. *Recusa de vacinas: causas e consequências*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.
- MELLO, Cecilia; FERREIRA, Maria Amélia Campos. Obrigatoriedade da vacina contra Covid-19 é uma discussão precipitada. *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-29/mello-ferreira-obrigatoriedade-vacina-discussao-precipitada>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=w4OGw>. Acesso em: 20 out. 2020.
- MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: *Thot*. São Paulo: Associação Palas Athena, 1998.
- MORIN, Edgar. Nous devons vivre avec l'incertitude. *CNRS, Le Journal*, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://lejournel.cnrs.fr/articles/edgar-morin-nous-devons-vivre-avec-lincertitude>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. Autonomia do paciente, políticas públicas de incorporação de terapêuticas pelo SUS na pandemia de Covid-19 e o papel da medicina baseada em evidências. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, 2020.
- RESENDE, José Renato Venâncio; ALVES, Cândice Lisboa. A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./out./nov. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. A disputa entre a União e os estados pela narrativa do protagonismo da vacinação. *Revista Consultor Jurídico*, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-19/contas-vista-disputa-narrativa-protagonismo-vacinacao>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- TURBAY JUNIOR, Albino Gabriel; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Hermenêutica jurídica sob a perspectiva da pandemia: direito, incertezas e complexidade. In: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). *Direito: uma autêntica e genuína ciência autônoma*. Ponta Grossa: Editora Atena, p. 47-64, 2021.
- UOL. Bolsonaro diz que decisão do STF sobre vacina obrigatória pode ser inócua. São Paulo, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/12/17/bolsonaro-diz-que-decisao-do-stf-sobre-vacina-obrigatoria-pode-ser-inocua.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- VACINAS: as origens, a importância e os novos debates sobre seu uso. 25 jul. 2020. *Fundação Oswaldo Cruz*. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1263-vacinas-as-origens-a-importancia-e-os-novos-debates-sobre-seu-uso?showall=1&limitstart=> <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48631415>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- WARRAICH, Haider Javed. Oposição religiosa à vacinação contra a poliomielite. *Emerg Infect Dis.*, v. 15, n. 6, p. 978, 2009.
- WHO. World Health Organization. *R&D Blueprint and COVID-19*. Disponível em: <https://www.who.int/teams/blueprint/covid-19>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- WHO. World Health Organization. *Vacinas explicadas*. Disponível em: https://www.who.int/pt/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines/explainers?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCKQjwLOmLBhCHARIsAGiJg7nSOyZpnn2kbH5mxCPneh4nIMnAqI9GYjD0R5zqTjIAzpPxwiQIL-sEaAIR1EALw_wcB. Acesso em : 28 out. 2021.

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0