

A SAÚDE COMO DEVER FUNDAMENTAL EM TEMPOS DE COVID-19: CONSIDERAÇÕES SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE VACINAÇÃO A PARTIR DAS ORDENS JURÍDICAS BRASILEIRA E PORTUGUESA

PROTECTION OF HEALTH AS A FUNDAMENTAL DUTY IN TIMES OF COVID-19: SOME CONSIDERATIONS ABOUT COMPULSORY VACCINATION FROM THE PERSPECTIVE OF BRAZILIAN AND PORTUGUESE LAW

Eduardo Rocha Dias

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.
E-mail: eduardorochadias@unifor.br

Clarissa Sampaio Silva

Professora da Universidade de Fortaleza do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos (Gestão de conflitos com o Setor Público) na graduação (Direito Administrativo). Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Advogada da União.
E-mail: sampaioclarissa@hotmail.com

Aprovado em: 09/08/2023

RESUMO: O presente artigo objetiva investigar a existência de fundamentos para que Estados, no caso Brasil e Portugal, imprimam caráter de obrigatoriedade à vacinação contra Covid-19, e, em caso positivo, identificar medidas cabíveis diante de eventual recusa em aceder à imunização. Pretende-se contextualizar a vacinação dentro do cenário de um estado de necessidade administrativa, decorrente da Pandemia de COVID-19, a justificar uma atuação autoritária; explorar o aspecto da saúde como dever fundamental, bem como os limites de tal vertente; apontar meios para que, mediante o resgate de uma postura de diálogo, seja possível à Administração Pública lograr a adesão do maior número de pessoas ao programa vacinal e, por fim, alertar sobre os perigos de um “Estado Biométrico”. Trata-se de pesquisa de natureza qualitativa e exploratória, de base bibliográfica, com recurso às legislações brasileira e portuguesa, doutrina, bem como a julgados do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, proferidos diante do conflito, abstrato ou concreto, entre o dever fundamental à saúde (e a aceitação de vacinação) e a liberdade, em suas múltiplas formas. Concluiu-se que, no contexto de riscos como o de epidemias, atualiza-se o dever fundamental de se vacinar, mas sem perder de vista as garantias de um Estado de Direito. Não se pode aceitar a vacinação coercitiva, mas se admitem restrições a quem se recusa a tomar o imunizante, sob a perspectiva de se evitar danos à saúde coletiva. Na superação do desafio da ignorância, atualiza-se também o papel informativo da administração.

Palavras-chave: COVID-19. Vacinação obrigatória. Direito à saúde. Dever fundamental.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the existence of legal grounds that support mandatory vaccination in States like Brazil and Portugal and, if the answer is affirmative, to identify possible sanctions that can be enforced in case of refusal. It will also put vaccination in the context of an administrative state of necessity, amidst the COVID-19 pandemic, to justify such mandatory measures; study fundamental duties related to the right to health and the limits of such duties; to propose means that may lead to greater adherence to vaccination, through dialogue and consensus building and, finally, to warn of the risks of a “Biometric State”. It is a qualitative and exploratory research, that relies on bibliographic sources and on Brazilian and Portuguese Law, as well as on decisions issued by the Brazilian Supreme Court related to the conflict between fundamental duties that arise from the right to health and freedom in its many manifestations. It comes to the conclusion that, given modern societies’ risks, such as pandemics, new light is shed upon the individual fundamental duty of being vaccinated, but not without balancing it against the guarantees imposed by the rule of law. Forced vaccination may not be accepted, but those who refuse vaccination may lawfully suffer some restrictions, considering the need to avoid damage to public health. In order to overcome the challenge of ignorance, new importance is assigned to the informational tasks of the State.

Keywords: COVID-19. Mandatory vaccination. Right to health. Fundamental duty.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Humanidade, epidemias e o coronavírus. 2 Administração Pública e cláusula geral da necessidade administrativa no contexto da pandemia de coronavírus: medidas para propiciar o seu controle. 3 A vacinação como medida de controle da pandemia do coronavírus e seu tratamento normativo. 3.1 Vacinação: a antiga e eternal questão de sua recusa. 3.2 A saúde como dever fundamental e a vacinação. 3.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a imposição estatal de vacinação. 4 A vacinação e a Administração Pública dialógica. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A propagação do SARS-COV-19 pelo mundo provocou, em curto espaço de tempo, além de milhares de mortes, impactantes consequências sobre Estados e suas relações internacionais, mercados, sistemas de saúde, público e privado, educação, mobilidade e convívio social. Com efeito, difícil imaginar alguma área de atuação humana que tenha quedado resguardada do quadro sanitário imposto por tal agente viral.

Tão rápida quanto a explosão da pandemia foi a resposta da Ciência a ela, mediante o desenvolvimento de vacinas que se revelaram o único meio de fato capaz de conter o avanço do número de casos e, consequentemente, salvar mais e mais vidas, permitindo o retorno seguro à normalidade.

O aparecimento de vacinas contra a COVID-19 certamente não ficaria alheio ao antigo fenômeno de recusa vacinal, que se atualiza e se renova e que vem a trazer importantes questões relativas às consequências jurídicas diante daquele.

Tais problemas demandam respostas compatíveis com ordens constitucionais (no caso estudado, a brasileira e a portuguesa), consagradoras de um sistema de direitos e garantias

fundamentais, com suas respectivas exigências.

O objetivo geral do presente artigo é investigar a existência de fundamentos para que Estados (Brasil e Portugal) imprimam caráter de obrigatoriedade à vacinação contra Covid-19, e, em caso positivo, identificar medidas cabíveis diante de eventual recusa em aceder à imunização. Pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o dever fundamental de tutela da saúde autoriza a imposição de imunizantes? Em caso afirmativo, de que forma tal imposição pode se dar?

Como objetivos específicos, tem-se o de realizar a contextualização da vacinação dentro do cenário de um estado de necessidade administrativa, e embaixador de uma atuação não raro autoritária; explorar o aspecto da saúde como dever fundamental, bem como os limites de tal vertente; apontar meios para que, mediante o resgate de uma postura de diálogo, seja possível à Administração Pública lograr a adesão do maior número de pessoas ao programa vacinal e, por fim, alertar sobre os perigos de um “Estado Biométrico”.

A pesquisa, de natureza qualitativa e exploratória, tem base bibliográfica, com recurso às legislações brasileira e portuguesa, doutrina, bem como a julgados do Supremo Tribunal Federal, precisamente, no caso brasileiro, proferidos diante do conflito, abstrato ou concreto, entre o dever fundamental à saúde (e a aceitação de vacinação) e a liberdade, em suas múltiplas formas.

1 HUMANIDADE, EPIDEMIAS E O CORONAVÍRUS

O final da primeira década do século XXI foi marcado por quadro sanitário de amplitude mundial, provocado pela propagação do coronavírus (SARS COV-19), cuja declaração de pandemia veio a ser feita pela Organização Mundial da Saúde - WHO, aos 11 de março de 2020 (WHO, 2020).

Em 11 de março de 2021, ao se completar um ano da declaração da Organização Mundial de Saúde de que o mundo estava diante de uma pandemia, já haviam falecido, no mundo, em decorrência da doença, em torno de dois milhões, seiscentas e vinte mil pessoas. No Brasil, o total de óbitos registrados até então foi de 270.656 e em Portugal foi de 16.617 pessoas (OUR WORLD IN DATA, 2021).

Os números são extremamente reveladores sobre o potencial multiplicador do novo elemento viral: até a referida data de 11/03/2021, tinha-se, no mundo inteiro, mais de cento e trinta milhões de casos, sendo quase treze milhões no Brasil.

Não se trata, claro, do primeiro episódio pandêmico registrado nem será o último. A história da humanidade, a partir da Revolução Agrícola, conforme pontua Harari (2020, p. 8), tem experimentado sucessivos, embora, espaçados, episódios de epidemias, com seus devastadores

efeitos. Assim, no século XIII a Peste Negra matou de 75 (setenta e cinco) a 200 (duzentos) milhões de pessoas, mais da metade da população da Eurásia. Já no século XVI a varíola dizimou um terço da população da América Central. E, no século XX, a gripe espanhola provocou 100 (cem) milhões de mortes, número superior àquelas ocorridas em decorrência da Primeira Guerra Mundial, sendo tal epidemia considerada parâmetro pelo qual as demais são medidas, atribuindo-se, ainda, a tal vírus a gênese de quase todos os casos de influenza A as consequentes pandemias de gripe, segundo Phillips (2021, 384).

Se o grau de previsibilidade em relação a tais eventos sanitários era praticamente inexistente, o mesmo não ocorreu com o SARS COV-19, já tendo considerado a comunidade científica a possibilidade de ocorrência de ameaça à humanidade causada por patógeno respiratório de rápido movimento, conforme destaca Sridhar (2020, p. 1812).

Todavia, fatores inesperados acabaram por dificultar, ainda de acordo com Sridhar (2020, p. 1812), um combate mais rápido e efetivo a tal pandemia, como a ausência de melhor preparo, até mesmo por parte de países como Estados Unidos e Reino Unido, para atuarem preventivamente no campo das doenças infectocontagiosas, o que findou por colocar demasiada ênfase na capacidade de atendimento dos sistemas de saúde; o enganoso dilema entre saúde ou economia; a pouca consideração à importância de restrição de circulação e fechamento de fronteiras e, por fim, a ausência de uma coordenação global de resposta a tal quadro sanitário.

E, assim, os números relativos a tal enfermidade experimentaram, consoante acima mencionado, largo crescimento, provocando, além da mortalidade, profundos efeitos sobre a economia, mercados e mundo do trabalho; sobre os sistemas de saúde, público e privados; sobre a educação, em todos os níveis, sobre os comportamentos e sobre as vidas das pessoas de uma maneira geral.

Semelhante quadro levou os mais diversos países à necessidade de adoção de medidas para combater o avanço do coronavírus, o que veio a ser feito não necessariamente de forma síncrona e nem com a mesma intensidade. Providências como isolamentos, quarentenas, fechamento de fronteiras ou restrição de circulação e imposição de uso de máscaras passaram a compor o cenário de uma atuação administrativa que, ao menos em países como Brasil e Portugal caminhava no sentido de aprimoramento/intensificação de posturas consensuais, dialógicas, mas que, consoante será visto a seguir, podem desempenhar importante papel no convencimento e adesão da população a medidas que venham a diminuir a propagação do vírus.

Percebe-se o realce da concepção de que, no quadro de uma “sociedade mundial de riscos”, a saúde trata-se “bem público global” (Loureiro, 2020, p.809), representando as pandemias verdadeira “ameaça à paz”. Não por acaso, o Regulamento Sanitário Internacional havia conhecido

significativa modificação, na sua versão de 2005, em decorrência da SARS.

E, eis que, a Ciência, num rápido espaço de tempo, consegue engendrar resposta imunológica ao vírus, por meio de desenvolvimento de vacinas, tendo, no mundo ocidental, sido o Reino Unido o primeiro país a licenciar imunizante contra o coronavírus, segundo relato feito por Gander (2020). Tratou-se, no caso, daquele desenvolvido pelo laboratório Pfizer/BioNTech, o qual, juntamente com aqueles produzidos pelos laboratórios Moderna e Astrazeneca, tem experimentado maior expansão entre países do Ocidente. De acordo com a OMS (2021), aos 18/02/2021, ao menos 07 (sete) diferentes vacinas, por meio de 3 (três) plataformas diferentes foram desenvolvidas em outros países, havendo, ainda, mais de 200 (duzentas) candidatas em desenvolvimento.

E, tal como a saúde, a Secretaria Geral das Nações Unidas e o Conselho da Europa, por meio de sua Resolução nº 2361, de 27 janeiro de 2021 (CONSELHO DA EUROPA, 2021), pontuam a importância de a vacina ser considerada “bem público global”, apontando que após os impressionantes esforços dos cientistas para, em curto espaço de tempo, desenvolver o imunizante, cabe agora aos governos a tarefa de aplicá-lo¹.

Diante da existência de imunizantes face ao SARS COV-19, coloca-se a indagação formulada no presente trabalho: faz-se possível a sua imposição à população, aos cidadãos de um dado Estado? Qual a configuração que pode assumir a obrigatoriedade da vacinação?

Tal questionamento possui especial relevância quando se considera, primeiramente, claro, a expansão e a mortalidade provocada por tal vírus, que não pode ser desconsiderada; a circunstância de não existir outro meio igualmente eficaz para controle da pandemia, revelando-se insuficiente a esperada “imunidade de rebanho”, que não pode ser vista como uma bala de prata, que magicamente aparece, conforme alerta a Ciência (SRIDHAR, 2020, p.1812).

Por outro lado, acaso o número pessoas vacinadas seja reduzido - os especialistas estimam a necessidade de a vacinação contra a Covid-19 atingir de 70% a 90% da população (HICKS, 2021) - não promoverá tal medida o controle da pandemia, dificultando, ainda mais, quer a recuperação econômica dos países, quer a retomada de uma vida normal por parte dos cidadãos.

Conforme delimitação realizada, passa-se a analisar, dentro da ordem jurídica constitucional de Brasil e Portugal, as condições para imposição de vacinação obrigatória, bem como a existência de medidas de apoio que levem a população a aquiescer com tal imprescindível medida de saúde pública.

¹ No original: *Scientists have done a remarkable job in record time. It is now for governments to act. The Assembly supports the vision of the Secretary General of the United Nations that a Covid-19 vaccine must be a global public good. Immunisation must be available to everyone, everywhere.*

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CLÁUSULA GERAL DA NECESSIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: MEDIDAS PARA PROPICIAR O SEU CONTROLE

A realidade imposta pela epidemia do coronavírus demandou rápidas respostas por parte da Administração Pública as quais, por força das exigências de um Estado Democrático de Direito (observância aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade), precisaram ter embasamento normativo, concebido ou adaptado para tal contexto, podendo-se falar mesmo num Direito Administrativo da Emergência (JUSTEN FILHO, 2020), fundado numa cláusula geral de estado de necessidade administrativa (COIMBRA et alli., 2020).

Semelhante cláusula, como subprincípio ou vertente da própria legalidade, conforme destaca Correia (2019, p. 136 e 139) implica a adoção de uma legalidade excepcional, diante de circunstâncias, com a mesma natureza, que possam provocar uma “ameaça séria ou um efetivo e grave risco de dano a bens ou interesses essenciais da coletividade”, de modo a exigir intervenção administrativa, indispensável e urgente, através da “preterição das normas habitualmente reguladoras da Administração Pública, nas palavras de Otero “(2016, p.128).

Na ordem jurídica portuguesa pode-se falar na existência de um estado de necessidade administrativa de ordem constitucional, fundada em declaração de estado de sítio ou de emergência, ou de grave anomalia constitucional, segundo Otero (2016, p.129-130), nos termos do art. 19 da Constituição da República. Há, também, a positivação de tal cláusula no art.3º, no 2 do Código de Processo Administrativo, com a seguinte redação:

Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

A doutrina brasileira também desenvolve o conceito de estado de necessidade administrativa, destacando-se o estudo de Miranda (2010, p. 117), que define aquele como uma “excepcionalidade administrativa classificada como motivo em sua constituição, que habilita uma atuação necessária, dados os elementos fáticos e jurídicos conciliados”.

Busca a autora superar a dicotomia a propósito da caracterização do estado de necessidade administrativa como exceção à legalidade ou como legalidade excepcional, pontuando o risco da perda unidade sistêmica do ordenamento e aproximando-se da teoria francesa, revisitada pela espanhola, em que a legalidade de exceção completaria o que se compreende como legalidade ordinária (MIRANDA, 2010, p.118).

Diversamente da ordem jurídica portuguesa não há, aqui, previsão legal do estado de necessidade administrativa, não se confundindo com ele, de forma alguma, figuras constitucionais como o estado de defesa (CF art.136) e o estado de sítio (CF, art.137), cujas hipóteses autorizadoras são excepcionalíssimas, como grave e iminente instabilidade institucional, ou calamidades de grandes proporções na natureza, sempre em locais restritos, e determinados, no primeiro caso; e comoção de grave repercussão nacional, declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, no segundo.

Com facilidade constata-se a impertinência de um e outro para o caso da pandemia do coronavírus, na medida em que se tem grave quadro de saúde espalhado por todo o território nacional (deixando de restar atendido o requisito do local restrito), não se tendo calamidade de grande proporção na *natureza*, mas sim uma calamidade humanitária, conforme demonstrado pelo número de mortos. Menos ainda plausível é a caracterização de situação autorizadora de estado de sítio, à míngua de qualquer ataque de Estado estrangeiro.

Todavia, a cláusula do estado de necessidade administrativa pode ser deduzida a partir do plano constitucional. Para tanto, devem ser considerados os deveres de proteção aos direitos fundamentais, que não admitem uma atuação estatal insuficiente; consoante posição recente do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 4066/DF, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 9.099/95, que havia autorizado a exploração do amianto crisotila, exatamente pelo déficit de proteção aos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

Concorrem, também, para o reconhecimento de semelhante cláusula, o princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*), a demandar atuação estatal que produza resultados, além da existência de competências constitucionais comuns à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, como “cuidar da saúde e assistência pública” (art.23, II), consoante análise feita por Dias e Silva (2020, pgs.456 e 45), a propósito do contexto de saúde trazido pelo coronavírus.

O estado de necessidade administrativa certamente habilita o desenvolvimento de uma legalidade adequada, apropriada para o enfrentamento de situações como a decorrente da pandemia. Dimensão outra seria a sua aptidão para habilitar uma atuação administrativa *praeter legem* ou mesmo *contra legem*. Lembre-se, a propósito, conforme Bustamante (2010, p. 174-175), que, pelo menos para quem adote uma perspectiva alexyana do direito, uma decisão *contra legem* envolve a não aplicação em um determinado caso de uma regra, decorrente de uma ponderação realizada em geral pelo legislador eleito, quando a solução por ela alvitrada, à luz de seus limites semânticos, incidir em inconstitucionalidade, à luz de um princípio que conduz ao estabelecimento de uma exceção à regra, exceção que tem de ser universalizável para assumir uma pretensão de

juridicidade. Não se trata de invalidar a regra, mas de superá-la, naquele caso.

Mas, no caso do estado de necessidade administrativa provocado pela pandemia do coronavírus, há nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, o desenvolvimento de toda uma normatividade especial, com vistas a embasar as atuações administrativas para enfrentá-la, de modo que, feitas tais considerações, passa-se, pois, a analisar a concretização da referida cláusula da necessidade administrativa no tocante à quadra sanitária que tem dominado o início da segunda década do século XXI.

Na realidade portuguesa, a pandemia provocada pelo coronavírus levou à Declaração de Estado de Emergência Constitucional, por meio da edição do Decreto n.14-A, de 18 de março, pelo Presidente da República, com autorização da Assembleia da República², sucessivamente renovado, sendo última datada de 14 de abril (Decreto n. 41-A/2021). Antes mesmo, porém, o Decreto-Lei 10-A 2020, de 13 de março de, havia estabelecido diversas medidas destinadas ao enfrentamento da pandemia, de forma que, no entendimento de Loureiro, as situações de emergência não devem ser necessariamente enquadradas em estado de exceção, mas integram, no âmbito de Portugal, uma tarefa de prevenção situada no chamado direito de polícia (2020, p. 796).

O mencionado Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 de março trouxe amplo espectro de medidas para viabilizar a atuação da Administração Pública no contexto na nova realidade sanitária, citando-se aqui algumas que propiciam o distanciamento entre as pessoas e a reformulação das atividades em geral como a suspensão de atividades letivas, não letivas e formativas (art.6º), a limitação de acesso a espaços frequentados pelo público (art.12º), a limitação de acesso a serviços e edifícios públicos (art. 13º), regime de teletrabalho (art. 29º). Já em 1º de maio foi editado o Decreto-lei 20/2020,³ ampliando as medidas, dispondo, dentre outros temas, sobre a definição dos serviços considerados essenciais (art.4º), a capacidade máxima e medidas sanitárias em transportes públicos (art.13º-A), a obrigatoriedade do uso de máscaras ou viseiras para acesso ou permanência nos espaços e estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, assim como nos edifícios de atendimento ao público, nos estabelecimentos de ensino e creches (art.13º B), o que veio a ser reforçado, especificamente, pela Lei 62-A, de 22 de outubro de 2020, a possibilidade de realização de controlo da temperatura corporal, sem prejuízo ao direito de proteção individual de dados (art.13-C).

No caso brasileiro houve o reconhecimento da Declaração de Emergência em Saúde

² Declara o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública.

³ Cabe destacar também a autorização de assinatura digital de juízes participantes de tribunal coletivo (art.15º-A), o regime excecional de proteção de imunodeprimidos, a expansão de medidas e poderes da Autoridade para as condições de trabalho, a gestão de resíduos (art.35º, B), a prestação de serviço efetivo por militares da reserva (art.35º, d).

Pública com a edição da Portaria n. 188, do Ministério da Saúde, publicada aos 3/02/2020 e, dentre as importantes inovações legislativas, destaca-se a Lei n.13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre “as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Referida legislação veio a possibilitar atuações diferenciadas da Administração Pública em vários âmbitos, prevendo, dentro de diversas outras questões,⁴ medidas restritivas incidentes sobre pessoas, como, nos termos do art. 3º, isolamento (I) e quarentena (II)⁵, determinação de realização compulsória (III) de exames médicos, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, estudo ou investigação epidemiológica, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, restrição de circulação, inclusive de entrada e saída do país (VII), obrigatoriedade de uso de máscara de proteção individual que cubra o nariz em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes coletivos (art.3º-A).

Apesar de haver sido editada pela União, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela preservação das competências de Estados e Municípios no enfrentamento da pandemia, nos termos da decisão proferida na ADI n. 6.341, em face do § 9º do art.3º da Lei 13.979/2020, e ante o caráter comum da competência de defesa da saúde (art. 23, inciso II, da Constituição).

3 A VACINAÇÃO COMO MEDIDA DE CONTROLE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E SEU TRATAMENTO NORMATIVO

Dentre as medidas restritivas previstas encontra-se, conforme visto, a vacinação obrigatória como forma de impedir/diminuir a circulação viral e, por se tratar a vacinação de medida sanitária, que, à partida, pode configurar restrição (considerando possível recusa a ela) a

⁴ Outros temas também tratados pela Lei 13.979/2020, no tocante à Administração Pública, foram: novas regras sobre importação de materiais, equipamentos, medicamentos na área da saúde sujeitos à vigilância sanitária e que não tenham registro na ANVISA (art.3º, VII),licitação e contratação pública (arts. 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 4º-D, 4º-E, 4º-F, 4º-G, 4º-H, 4º-I, 4º-J e 6º-A), o que implicou ampla e profunda modificação circunstancial sobre a matéria; controle interno e externo da Administração Pública , em especial no que diz respeito ao tema das licitações e contratação públicas (art.4º-K);obrigatoriedade de compartilhamento, entre órgãos e entidades das esferas governamentais federal, estadual, municipal e distrital de dados sobre pessoas infectadas ou com suspeita de infecção por coronavírus, “com a única finalidade de evitar sua propagação; estabelecimento de deveres às concessionárias e empresas de transporte público no que diz respeito `a fiscalização do uso obrigatório de máscaras (art.3º-G e 3º-H); obrigatoriedade de adoção, por parte tanto do poder público quanto de empregadores e contratantes, de medidas para preservar a vida e a saúde de profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública (art.3º-J). Além lei em comento, há toda uma legislação sobre covid a respeito dos mais diversos temas, consoante se pode conferir: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/Legislacao_COVID-19.

⁵ A quarentena diferencia-se do isolamento, nos termos da legislação, pois enquanto a segunda diz respeito à separação de pessoas, doentes ou contaminadas, bem como de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, a primeira incide sobre atividades, impondo sua restrição, bem como a separação de pessoas suspeitas de contaminação das que não estejam doentes, bem como de bagagens, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação.

direitos fundamentais como a liberdade de consciência e de crença (CF, art. VI), e o próprio direito à integridade física, resta preenchido o requisito de sua previsão legal. Tal não dispensa, contudo, quer a compreensão do caráter obrigatório da imunização, bem como a verificação de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, como os da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na situação portuguesa, em termos de legislação, não há a previsão de obrigatoriedade da submissão à vacinação contra o coronavírus, diversamente do que ocorre com vacinas para difteria e tétano, tendo em vista os termos do Decreto-lei n. 44.198, de 20/02/1962, ainda em vigor, conforme observam Santos e Hespanhol (2013, p.328).

E, em se tratando de restrição a direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa, há o regime próprio para tanto, nos termos do art. 18, nº 1, 2 e 3 da Constituição da República, o qual exige a edição de lei nos casos expressamente previstos pela Constituição sem prejuízo das restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais, de acordo com Novais (2003, p. 569) bem como o atendimento ao necessário “para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”, tendo, ainda, caráter abstrato, geral e com preservação do “conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Na realidade, em termos de vacinação contra a COVID-19, o Conselho da Europa, por meio da Resolução nº 2361/2021, anteriormente referida, acolheu a diretriz da não obrigatoriedade de sua adoção, bem como da proibição de qualquer discriminação fundada na sua realização ou não.

Ou seja, não houve opção pelo caráter obrigatório da vacinação contra a COVID-19, mas ênfase em outras vias para fazer com que os cidadãos venham a aceder a tal providência sanitária, inclusive no que diz respeito ao combate à desinformação e à promoção de medidas que confirmam informação transparente sobre a segurança vacinal e possíveis efeitos colaterais, conforme bem pontuado nos itens 7.3.3.e.7.3.4.⁶ da resolução acima citada.

Resta, todavia, uma indagação: em algum distópico cenário de recusa consistente à vacinação contra Covid-19, com insucesso de campanhas e outras providências que levem os cidadãos a ela aceder, e diante de importante circulação viral, com crescente número de casos, o estado de necessidade administrativa poderia fundamentar o caráter obrigatório de referida providência? Naturalmente tal indagação precisa considerar todos os parâmetros de atuação do

⁶ No original, em inglês: “7.3.3 take early effective measures to counter misinformation, disinformation and hesitancy regarding Covid-19 vaccines; 7.3.4 distribute transparent information on the safety and possible side effects of vaccines, working with and regulating social media platforms to prevent the spread of misinformation”.

regime jurídico de tal cláusula, como a proporcionalidade, transitoriedade da medida e indenização pelo sacrifício (Correia, 2019, p.154-157).

Eventual obrigatoriedade da vacinação, não no sentido de sua compulsoriedade, mas sim de imposição de restrições a determinadas atividades, como livre circulação àqueles a que a ela se opuserem, tornará, por sua vez, mais difícil a configuração de sacrifício pelo estado de necessidade administrativa ensejador de indenização.

3.1 Vacinação: a antiga e eterna questão de sua recusa

A recusa vacinal não é uma novidade na história da saúde pública, sendo, na verdade, tão antiga quanto o surgimento da própria vacina, consoante alertam Santos e Hespanhol (2013, p.328). No Brasil, por exemplo, cabe fazer referência ao episódio conhecido como a Revolta da Vacina, no qual houve intenso repúdio popular e político à vacinação contra a varíola, ocorrida no ano de 1904, na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro.

Combinando forças políticas aparentemente não conciliáveis (militares, monarquistas, operários), o movimento opôs-se à vacinação obrigatória, aprovada durante o governo do Presidente Rodrigues Alves, por influência de Oswaldo Cruz, reavivando, assim, anterior obrigatoriedade vacinal contra a varíola, prevista desde 1837 e 1846 para crianças e adultos, respectivamente, mas ineficaz mercê da pouca disponibilidade de imunizantes (FIOCRUZ, 2005).

O conflito gerou, em 2 (dois) dias, 945 (novecentos e quarenta e cinco) prisões, 461 (quatrocentos e sessenta e uma) deportações, 110 (cento e dez) feridos e 30 (trinta) mortos, havendo dúvidas sobre a correta condução da questão por parte do governo. Já em 1908, por ocasião de novo surto de varíola, a população acedeu, espontaneamente, à vacinação, num episódio oposto à revolta de 4 (quatro) anos antes. Importante destacar que a vacina em si não foi a causa única da revolta, tendo a truculência das medidas adotadas, como desocupação de prédios, e a falta de diálogo, sobretudo com populações mais carentes e, por isso, discriminadas, contribuído para a reação popular (RESENDE e ALVES, 2020, p. 133). De toda a sorte, a vacinação compreende uma intervenção sobre os corpos e, por isso, uma medida que deve ser justificada e objeto de uma comunicação adequada.

Com a previsão do Plano Nacional de Imunização, pela Lei n. 6.259, de 30 de outubro de 1975, passou a ser prevista a existência de uma vacinação obrigatória, nos casos definidos pelo Ministério da Saúde, de acordo com seu art.3º:

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.

Em Portugal, há também o Programa Nacional de Vacinação (PORTUGAL, 2021), criado em 1965. Mas, o caráter de obrigatoriedade, que existiu para a vacina contra varíola até o ano de 1977 (tendo se iniciado em 1894), atualmente apenas existe para a vacinação contra o tétano e a difteria nos termos do Decreto-lei n. 44.198, de 20/02/1962, consoante já referido em estudo anteriormente citado (SANTOS e HESPANHOL, 2013, p. 328).

Nada obstante a eficácia das vacinas no controle e até mesmo na erradicação de diversas doenças infectocontagiosas, a recusa à vacinação é fenômeno identificado pela própria Organização Mundial da Saúde, a qual, no ano de 2012, empregando a expressão hesitação vacinal, criou grupo denominado SAGE (Working group of Vaccine Hesitation), conforme relatado por Succi (2018, p.575-576).

Compreende-se por hesitação vacinal o atraso ou recusa na aceitação do imunizante, a despeito da disponibilidade dos serviços. Cuida-se, por sua vez, de fenômeno complexo, com diversas causas, desde as de ordem religiosa, filosófica, de concepção de vida de uma forma geral (mais adiante será trazida decisão judicial envolvendo a recusa de vacinação de crianças por pais veganos), até mesmo o fato de a própria vacinação ter erradicado diversas doenças infectocontagiosas, fazendo com que aquela venha a ser vítima de seu próprio sucesso, levando as pessoas em geral, e mesmo profissionais de saúde, por não terem tido experiência com a doença, a minimizar o risco que ela representa. Trata-se da, conforme a economia comportamental, heurística da disponibilidade (THALER e SUNSTEIN, 2009, p. 27-28), pela qual a ausência de experiência com uma dada realidade pode levar a uma percepção e avaliação enviesadas dos riscos a ela associados. E, claro, cabe chamar a atenção, atualmente, para o papel das mídias sociais na disseminação de informações contra as vacinas, de acordo com Succi (2018).

Embora não seja objeto do presente trabalho a análise fenomenológica da recusa vacinal, estuda-se, aqui, a sua repercussão jurídica, com foco na situação trazida pela COVID-19, o que remete a considerações sobre o dever fundamental à saúde.

3.2 A saúde como dever fundamental e a vacinação

O sistema de direitos fundamentais não inclui apenas posições subjetivas de caráter defensivo em favor dos indivíduos, oponíveis em regra contra o Estado, mas também, em certa

medida, contra os particulares. Há que reconhecer a existência de posições que asseguram o direito a prestações positivas do Estado, tradicionalmente reconduzidas à ideia de direitos sociais, destinadas a garantir a liberdade face à necessidade (*freedom from want*), conforme Dupeyroux (2001, p. 70). Essas prestações podem assumir o caráter de prestações em sentido estrito (ações positivas e fáticas), conforme Alexy (2001, p.186-196) e também prestações em sentido amplo (direito a normas, organizações e procedimentos).

Importante destacar, por outro lado, que, mesmo no caso de direitos classicamente considerados como defensivos ou negativos ou, ainda, de primeira geração ou dimensão, há custos sociais e orçamentais envolvidos, como bem salientaram Holmes e Sunstein (1999, p. 18 e 220).

Um bem jurídico como a saúde, e aqui se ressalta a utilidade da abordagem efetuada por Loureiro (2020, p. 788-789), que busca estudar os direitos fundamentais e outras posições jurídicas a partir da apreensão dos bens jurídicos constitucionais, como a vida, a integridade pessoal e outros, constitui polo de confluência de diferentes posições jusfundamentais. Se, por um lado, pode-se pensar imediatamente na dimensão positiva e prestacional a ela associada, no caso o direito à obtenção de medicamentos, tratamentos, à organização de um sistema público de saúde e de vigilância sanitária, à regulação e fiscalização da saúde privada, por exemplo, há uma dimensão negativa também importante.

O respeito à autodeterminação individual acerca de tratamentos oferecidos, manifestado no tradicional princípio bioético do consentimento informado (que por sua importância foi “transplantado” para outros campos, como é o caso da proteção de dados pessoais), o que inclui o direito a aceitar ou não um tratamento, a recorrer a terapias tradicionais, como a alopatia, ou a terapias alternativas, a saber ou não saber de seu diagnóstico, de poder escolher se submeter ou não a estudos clínicos de caráter experimental, de consentir quanto a cirurgias e outros procedimentos mais invasivos, considerando também a proteção da integridade física, são exemplos de tal dimensão negativa.

A saúde, como bem jurídico, também impõe considerar a existência de deveres fundamentais. Por um lado, deveres de proteção, atribuídos ao próprio Estado, como a organização de um sistema público de saúde, o oferecimento de prestações, de respeitar as decisões dos indivíduos acerca dos cuidados com sua própria saúde, por exemplo, associados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Alexy (2001, p. 435) trata inicialmente dos “direitos de proteção”, como contrapartida subjetiva de tais deveres, invocáveis para a proteção de bens jurídicos (vida, saúde, liberdade, dignidade e outros). Tais direitos de proteção são oponíveis contra o Estado e têm por objeto a realização de ações fáticas ou normativas que delimitem a esfera jurídica de sujeitos de igual hierarquia.

Um dos aspectos dos deveres de proteção impostos ao Estado é o dever de intervir nas relações entre particulares, sempre que a atuação de uma pessoa possa violar direitos de outra ou outras pessoas. Não pode o Estado se omitir nem se quedar inerte ante a violação de direitos fundamentais de particulares por parte de outros particulares (NOVAIS, 2003, p. 88).

Por outro lado, há que chamar a atenção para os deveres impostos aos particulares, os chamados deveres fundamentais. Baseiam-se na necessidade de articular o relacionamento entre indivíduo e a sociedade. Encontram seu fundamento na dignidade, na igualdade e na liberdade, suplantando uma visão funcionalista e autoritária de dever (CANOTILHO, 2003, p. 531). Encontram seu fundamento, também, no princípio da solidariedade (SARLET e FIGUEIREDO, 2012, p.34). Pode haver deveres correlatos a direitos e também deveres autônomos; os deveres fundamentais podem ainda ser explícitos (dever de pagar tributos, de prestar serviço militar, de cuidar do meio ambiente) e também implícitos, conforme leciona Casalta Nabais (1998).

O reduzido espaço dedicado à discussão do tema dos deveres fundamentais, decorre de vários fatores (NABAIS, 2007). Por um lado, a recusa ao retorno a visões autoritárias e funcionalistas da liberdade, normalmente presentes em constituições que surgiram após a saída de regimes não democráticos. Assim, é fácil associar a ideia de dever à ausência de direitos, existente anteriormente. Sob uma perspectiva liberal, defende-se que todo direito pressupõe um dever, sendo desnecessário enfatizá-lo. Isso seria verdadeiro pelo menos para os deveres correlatos a direitos, como sua outra face. Mas há deveres fundamentais autônomos, não correlatos a direitos. É o caso do dever de pagar tributos, de colaborar para a defesa da pátria, por meio do alistamento obrigatório, de proteger o meio ambiente para as futuras gerações, de participar da vida política por meio do voto, dentre outros. Nabais refere ainda, como fundamento da ausência de discussão sobre o tema dos deveres fundamentais, um discurso inflacionário acerca dos direitos, que peca, ainda, pela desconsideração dos custos associados a todos os direitos.

A saúde, como direito, previsto no art. 196 da Constituição, enseja também deveres de proteção. No tocante a ela, Casalta Nabais (1998, p. 124) menciona quatro dimensões diferentes: a) um direito-dever de solidariedade voltado para a defesa e a promoção da saúde própria como condição de defesa e promoção da saúde de todos; b) um direito-liberdade, manifestado na busca da auto ou da heterocura, da escolha entre terapias tradicionais ou alternativas, da recusa de tratamento, dentre outros aspectos; c) um direito social às prestações oferecidas pelo Estado, necessárias à saúde de cada um, bem como à saúde pública, enquanto condição daquela; d) um dever meramente objetivo de defesa e promoção da saúde pública como valor ou interesse comunitário, independentemente dos reflexos sobre a saúde de cada um.

saúde no contexto normativo brasileiro, a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), em seu art.2º, preceitua que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Assim, afirmar um dever fundamental de vacinação implica considerar seus reflexos na saúde dos outros. Somente na medida em que a vacinação puder contribuir para eliminar ou minimizar danos à saúde dos outros é que se poderá falar em um dever fundamental do indivíduo. Tal dever, porém, não dispensa a necessidade de lei em sentido formal para discipliná-lo. Até porque ao se impor a vacinação, ou se admitir, como fez o STF no Brasil, que a recusa a ela enseja a possibilidade de aplicação de sanções ou restrições, impacta o direito à saúde na dimensão “b” destacada por Nabais. Apenas na medida em que a ausência de saúde de alguém pode refletir-se sobre as condições sanitárias da comunidade é que o Estado pode intervir, impondo determinadas condutas ou abstenções. No tocante a pessoas livres e capazes, porém, deve prevalecer a regra da liberdade individual, sob pena de se despojar o indivíduo de sua autonomia e dignidade.

Por isso, a imposição de vacinação ou de consequências negativas a quem a recusa deve, além da legalidade, observar a proporcionalidade, no triplo aspecto da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Não haver outra medida menos gravosa igualmente eficaz, ser adequada para a finalidade que se quer alcançar e haver mais vantagens que desvantagens e riscos na medida.

No contexto de uma sociedade de riscos, em que os bens jurídicos são ameaçados, por exemplo, em razão de epidemias, e em que a vacinação é considerada medida eficaz e apta a diminuir as consequências danosas delas advindas, atualiza-se o dever fundamental de se vacinar mas não sem perder de vista as garantias de um Estado de Direito e os limites aos limites para restrição de direitos fundamentais. Justamente por isso, impõe-se também apreciar eventuais medidas que, sob o pretexto de tutela da saúde e da coletividade, podem inaugurar um controle sobre os corpos e um autêntico “Estado Biométrico”, com riscos para a tutela da pessoa. Será tratado antes, porém, como o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, decidiu acerca do dever de vacinação e como este se atualiza no quadro de uma administração pública dialógica.

3.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a imposição estatal de vacinação

No que diz respeito à compreensão dos deveres em relação à saúde a que estão sujeitas as pessoas, não se pode deixar de trazer as manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tanto anteriores quanto em razão da pandemia provocada pelo coronavírus.

Conforme será possível conferir, o STF segue a diretriz de que os deveres relativos à

própria saúde se limitam àqueles comportamentos e medidas necessárias para que não venha o cidadão colocar em risco a saúde de outras pessoas, prevalecendo, no mais, a liberdade para a tomada de decisões e realização de escolhas, como a submissão ou não a dado tratamento, por exemplo.

Assim, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 71.373/RS, o qual analisou a recusa de paciente a submeter-se à coleta de material (exame hematológico) para fins de investigação de paternidade, o Ministro Relator, Francisco Rezek, consignou em seu voto que “o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública”.

Ao debater sobre o direito ao conhecimento da própria filiação em face da intimidade, vida privada e intangibilidade corporal de outrem, embora o STF tenha decidido pela legitimidade da recusa ao teste de paternidade, afastando ordem judicial de condução do paciente “debaixo de vara”, colocou a saúde pública como valor que permite flexibilizar posturas jusfundamentais protetoras de liberdade individual, permitindo a imposição de vacinação.

Mais adiante, no que diz respeito ao comportamento de recusa à vacinação, em menor, por parte de pais veganos, assim decidiu o STF, no âmbito do Recurso Extraordinário n. 112.678/79, firmando Tese de Repercussão Geral:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

Também em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6586 e 6587, que apreciaram, exatamente, a vacinação obrigatória contra o coronavírus, nos termos da Lei n.13.797/2020, manteve o STF a mesma diretriz:

Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. **VACINAÇÃO** COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE **VACINAÇÃO** FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.

VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A *vacinação* em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da *vacinação* a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a *vacinação* sem o expreso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de *vacinação obrigatória*, excluída a imposição de *vacinação* forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...].

Conforme visto, a obrigatoriedade da vacinação, nos termos compreendidos pelo STF, não induz ao seu caráter forçado, em respeito a toda uma gama de princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Assim, a medida sanitária, nos termos da decisão citada logo acima, vem a “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 frequência a determinados locais, desde que previstas em lei”.

Dentro do caráter da obrigatoriedade da vacinação, por exemplo, as leis dos Estados do Ceará e de São Paulo, respectivamente de nº 16.929, de 09 de julho de 2019, e 17.252, de 17 de março de 2020, estabelecem como documento necessário para matrícula de aluno em escolas públicas ou privadas, de qualquer nível (infantil, fundamental ou médio), a carteira de vacinação atualizada. No caso de sua não apresentação, ambos os diplomas normativos,⁷ considerando o direito fundamental à educação, concedem prazos para regularização da situação vacinal do aluno,

⁷ Enquanto a lei cearense concede, em seu art; 4º, um prazo de 30 (trinta) dias pra a regularização da carteira de vacinação do aluno, a lei paulista estabelece prazo de 60 (sessenta) dias, de acordo com seu art. 4º.

prevendo, inclusive, a possibilidade de serem acionados os conselhos tutelares.

No tocante à previdência social, a Lei 8.213/1991, ao disciplinar o benefício do salário-família, em razão dos filhos de até 14 anos do segurado de baixa renda, condiciona, no seu art. 67, seu pagamento à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória. Da mesma forma, dentre as condicionalidades que devem ser cumpridas pelos beneficiários do programa Bolsa Família, na forma da Lei 10.836/2004 e do Decreto 5.209/2004, tem-se a vacinação obrigatória de crianças.

E, em se tratando de viajantes, não se pode esquecer que o Regulamento Sanitário Internacional, cuja versão para o português foi aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto legislativo n. 395/2009, prevê, em seu art.36, como exigência legítima para os países que o adotam, a apresentação de certificado internacional de vacinação, por parte dos viajantes, no tocante a determinadas doenças. Trata-se, pois, de medida indireta, que deve levar, pelos interessados, à adoção da medida sanitária.

A vacinação contra Covid-19 há de se inserir na sistemática, sendo mais uma imunização a ser apresentada por parte de viajantes internacionais.

Ainda dentro do tema, cabe chamar a atenção para a figura do “passaporte verde”, ou *Digital Green Certificate* (EUROPEAN COMMISSION, 2021), destinado a facilitar a circulação de pessoas na União Europeia no ano de 2021. Trata-se de documento em formato digital ou em papel e gratuito que atestará que a pessoa testou negativo para COVID-19, foi vacinada ou se recuperou da doença. Não será requisito para viagens e se pretende não discriminatório, fácil de usar e seguro, contendo o mínimo possível de dados pessoais. Estes últimos serão protegidos na medida em que não haverá retenção de dados dos indivíduos, mas apenas verificação da autenticidade do certificado, por meio de uma *trust framework*⁸ que assegure a interoperabilidade entre os sistemas de diferentes países e a proteção de dados pessoais. Será extensível a cidadãos de países de fora da União Europeia, residentes e viajantes. A ideia é permitir as viagens de forma rápida e segura, o que demanda atuação do Parlamento Europeu e do Conselho, para evitar transtornos decorrentes da adoção de medidas de controle díspares por parte dos vários países integrantes da União.

⁸ Que define as regras, políticas, protocolos, formatos e *standards* necessários para assegurar que os certificados de saúde para COVID-19 sejam expedidos de uma maneira pela qual sua autenticidade e integridade possa ser verificada e acreditada. No original, encontrado em Interoperability health certificates - Trust framework, disponível em https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/trust-framework_interoperability_certificates_en.pdf, (acesso em 25 abril 2021), tem-se: “The trust framework defines the rules, policies, protocols, formats and standards needed to ensure that Covid-19 health certificates are issued in such a way that their authenticity and integrity can be verified and trusted”.

4 VACINAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

A obrigatoriedade, no Brasil, da vacinação contra Covid-19, não implica, conforme visto, administração forçada do imunizante, mas sim a possibilidade de fazer decorrer restrições para quem se recuse a recebê-lo, dentro de uma previsão legal.

Já em Portugal, embora não haja a obrigatoriedade de o cidadão se vacinar contra a COVID-19, aqueles que se recusarem não usufruirão, por exemplo, das vantagens do *Digital Green Certificate*, ou passaporte verde.

A par do induzimento da coletividade à adesão a dada política de vacinação, da forma referida, há de se buscar, no contexto das novas formas de atuação administrativa, medidas que possam levar a população, a voluntariamente, aceder àquela.

Com efeito, considerando a importância dada à figura do cidadão na atuação administrativa, o que leva ao desenvolvimento da noção de cidadania administrativa, centrada na dignidade da pessoa humana (Otero, 2016, p.326), bem como ao estímulo à sua participação na Administração Pública (CF, art. 37 § 3º) como manifestação mesmo do princípio democrático (vide a criação de conselhos de usuários do serviço público, a realização de audiências e consultas públicas sobre temas de interesse geral, o fortalecimento das ouvidorias)⁹ há toda uma diretriz para a busca de construção de consensos e adesão da sociedade às políticas públicas neles baseadas e de participação dos interessados na tomada de decisões da Administração (FERREIRA, 2012, p. 169).

Trata-se da Administração Pública Dialogal, consentânea de um Estado Democrático de Direito e que prima por uma “margem de intervenção comunicativa que é permeada por ampla discussão dos atores sociais envolvidos”, em que não há “indiferença ou autossuficiência decisória por parte da Administração Pública” (Lima, 2013, p.101).

Em tal contexto, a Administração Pública lança mão de meios de concertação, que favorecem a legitimidade de suas decisões, na medida em que resultam não apenas de atos unilaterais e autoritários, mas sim de esforços para acomodação, dentro de possibilidades ensejadas pela ordem jurídica e com rigorosa observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, de concepções e interesses os mais diversos, dentro de uma sociedade cada vez mais plural e fragmentada.

Mirando para a vertente objetiva do direito à saúde, da qual a existência de um sistema

⁹ Na ordem jurídica brasileira convém chamar a atenção para a edição da Lei n. 13.460, de 26/06/2017, que, regulamentando o art. 37 § 3º da CF, dispôs sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário do serviço público na administração pública.

público constitui manifestação por excelência (Sarlet e Figueiredo, 2012, p. 38), a participação da coletividade em suas decisões configura autêntico princípio.

Assim, no caso brasileiro, a CF prevê, em seu art. 198, III, dentre as diretrizes do SUS, a participação da comunidade, a qual é feita, quer por meio de representantes da sociedade civil junto às Conferências de Saúde (responsáveis pela proposição de políticas de saúde junto aos entes federativos), quer por meio dos Conselhos de Saúde, criados pela Lei Federal nº 8.142, de 28/12/1990, verdadeiras “instâncias de controle social que representam o reconhecimento formal da participação política como condição e recurso indispensável à concretização do direito à saúde” (Guizardi, 2012, p.583).

A Constituição da República Portuguesa, ao tratar do Serviço Nacional de Saúde, previu em seu art. 64º, nº 4, a sua gestão descentralizada e participada e, a Lei de Bases da Saúde (Lei n. 95/2019), em sua Base 4, letra f) estabelece, como Política de Saúde, a participação das pessoas, das comunidades, dos profissionais e dos órgãos municipais na definição, acompanhamento e da avaliação das políticas de saúde.

Dentro de semelhante perspectiva, as pautas e instrumentos da atuação consensual possuem intensa importância na definição e concretização das políticas públicas de saúde, dentre as quais está a vacinação, a qual constitui oportunidade, por excelência de realização de uma verdadeira educação para a saúde (SANTOS e HESPAHOL, 2013, p.333).

E, no que diz respeito à hesitação vacinal, a própria OMS, por meio de seu grupo SAGE, preconiza, para superá-la, diretrizes, representadas pelos seguintes valores: confiança, a qual está relacionada à credibilidade nas vacinas, nos profissionais e serviços de saúde; complacência, em razão da qual há baixa percepção de riscos decorrentes da vacinação e, por fim, a conveniência, que diz respeito à disponibilidade e acesso à vacinação por parte dos seus destinatários. São os três “C” que envolvem a aceitação vacinal, como ressalta Succi (2018, p.576).

Os itens da credibilidade e complacência envolvem, necessariamente, a prestação de informações claras e acessíveis aos cidadãos sobre todos os aspectos da vacinação, como o grau de imunização dela esperada, o tempo, de duração possíveis efeitos colaterais, de modo a minar resistências fundadas em crenças ou em dados falsos, facilmente divulgáveis pelas diversas mídias digitais. Trata-se, pois, de vencer a desinformação por meio da transparência e da eficiência comunicativa. Renova-se e atualiza-se, assim, a atividade informativa da Administração, que se destina a fazer com que a prevenção de riscos não seja vista apenas como uma tarefa estatal, mas também como um dever de todos, que se manifesta especialmente em domínios como o do meio-ambiente e o da saúde (LOUREIRO, 2001, p. 821-822).

superar o “desafio da ignorância”, fornecendo conhecimentos e sensibilizando os cidadãos a colaborar com o Estado em referidas áreas. Os fenômenos da sociedade de riscos e da sociedade de informação entrelaçam-se, com efeito, com o fenômeno do surgimento de um “Estado Cooperativo”, que busca eliminar a distância entre o Poder Público e as forças sociais, por meio de maior participação da sociedade nos procedimentos decisórios do Estado (SCHMIDT-ABMANN, 1997, p. 34).

E, para atingir o mais ampla e consistente fornecimento de informações aos cidadãos, deve a Administração Pública se valer de todas os meios disponíveis, como os sites oficiais, plataformas digitais, redes sociais, as quais criam uma “superfície de visibilidade” (Guizardi, 2012, 593), possibilitando contato entre os serviços de saúde e os cidadãos. Não se pode deixar de considerar, claro, a comunicação pelos próprios profissionais de saúde nos diversos serviços, tudo para levar o maior número de pessoas à vacinação consciente.

O item da conveniência reclama a facilitação do acesso dos cidadãos aos serviços de saúde dispensadores das vacinas. Tal intento pode ser buscado de diversas maneiras, quer seja mediante a utilização dos modernos *apps* para agendamentos, confirmações de datas e locais de vacinação, que sejam razoáveis para os destinatários (considerando tanto distância de residências quanto compatibilidade de horários de atividades laborais e escolares); quer seja, para pessoas com dificuldades de locomoção ou que residam em locais muito distantes dos respectivos serviços de saúde, a organização de equipes móveis, de modo que a todos seja assegurada a participação em semelhante política pública.

Ou seja, o cumprimento do dever fundamental do cidadão de vacinar-se, na forma acima estudada, bem como do dever do Poder Público, de promover e disponibilizar imunizantes para o maior número possível de pessoas, demandam a conjugação de uma série de medidas, que não se esgotam naquelas clássicas, marcadas pela unilateralidade, envolvendo, sobretudo, novas posturas e práticas, mais condizentes com uma Administração Pública democrática e fundada na dignidade da pessoa humana.

Tal perspectiva leva também a que se busque denunciar o perigo de advento de um “Estado Biométrico” que, sob o pretexto de buscar segurança e controle de epidemias, sirva-se dos dados pessoais dos indivíduos para monitorá-los e controlá-los. A respeito do problema, Harari (2020, p. 30 e seg.) alerta para o monitoramento “sob a pele”, o uso de câmeras de vigilância e de rastreamento por *smartphones*, como feito pela China e por Israel para localizar, rastrear e avisar às demais pessoas da proximidade de alguém contaminado.

Aponta para a possibilidade hipotética de, em um futuro distópico, se estabelecer em algum Estado o uso de um bracelete de monitoramento que controla os sinais vitais do indivíduo,

como temperatura, pressão e batimentos cardíacos vinte e quatro horas por dia. Assim, algoritmos poderão saber se alguém está doente antes mesmo da própria pessoa, bem como por onde ela andou e com quem se encontrou, permitindo um melhor combate a epidemias. O problema são as possibilidades de uso dessas informações para outros fins, como saber as emoções e sentimentos, abrindo múltiplas possibilidades de manipulação, seja para fins políticos seja para fins de indução ao consumo.

Shoshana Zuboff (2019, p. 14), por sua vez, já denunciou os riscos do “capitalismo de vigilância”, que, a partir do uso de informações, emoções e dados, permite não apenas prever comportamentos, mas, por meio do que denomina de “poder instrumentário” (no original, *instrumentarian power*) possibilita moldar a conduta humana para atender os fins de outrem. Klaus Schwabe e Thierry Malleret, de forma mais específica, (2020, p. 67-68) referem os riscos de um estado de vigilância tecno-totalitário a partir da pandemia de COVID-19, citando Evgeny Morozov. Mas finalizam no sentido de que cenários distópicos não são uma fatalidade, sobretudo se se permanece alerta face às novas tecnologias.

O fato de o uso de tais tecnologias ser decorrente de uma situação excepcional, um “estado de exceção”, não impede que se mantenha o seu uso mesmo após serem superados os problemas que motivaram inicialmente sua adoção. Isso ocorreu, por exemplo, após o 11 de Setembro, em decorrência das exigências de segurança que o combate ao terrorismo inaugurou. Aqui se pode pensar, com Giorgio Agamben (2007, p. 23 e seguintes), no contexto de sua exposição sobre a biopolítica, a partir das ideias de Carl Schmitt, que cabe ao poder soberano decidir sobre o estado de exceção, de suspensão do ordenamento jurídico, tornando permanente aquilo que deveria ser temporário. Em artigo publicado ainda em 26 de fevereiro de 2020 (2020, p. 17-18), de forma equivocada, talvez em razão do estado inicial da pandemia na Itália, antes da experiência das consequências terríveis que a primeira onda de COVID-19 teria naquele país, em termos de número de mortos e de esgotamento dos recursos sanitários, o filósofo criticou as medidas de isolamento adotadas como “exageradas”. Mas suas advertências quanto a “una tendencia creciente a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno” e de que “la limitación de la libertad impuesta por los gobiernos es aceptada en nombre de un deseo de seguridad” seguem válidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual evento pandêmico com certeza não será o último e as lições com ele aprendidas podem levar a que os futuros surtos sejam melhor enfrentados. Os avanços da Ciência, que em relativo pouco tempo conseguiu desenvolver imunizantes eficientes, hão de ser confrontados com

as exigências de Estados de Direito, no tocante ao respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O desenvolvimento de uma normatividade excepcional, fundada em um estado de necessidade administrativa, justifica a adoção de medidas destinadas a impedir a propagação do vírus e a minimizar seus efeitos. Funda-se, no caso brasileiro, no dever de proteção dos direitos fundamentais imposto ao Estado e também no princípio da eficiência. Em Portugal, pode-se falar na existência de um estado de necessidade administrativa de ordem constitucional, fundada em declaração de estado de sítio ou de emergência, ou de grave anomalia constitucional, nos termos do art. 19 da Constituição da República, e também na previsão do art.3º, nº 2, do Código de Processo Administrativo.

A vacinação, uma das medidas mais eficazes para controlar a disseminação da pandemia, enseja questões de ordem jurídico-constitucional, em especial acerca da possibilidade de ser imposta aos cidadãos e de se estabelecerem restrições àqueles que se negarem a tomar o imunizante. O tema se entrecruza com a chamada recusa vacinal, que não é novidade e que pode ser exacerbada em um contexto de desinformação, crescente afirmação de peculiaridades e visões de mundo individuais e percepções enviesadas dos riscos de doenças.

No contexto de riscos enfrentados pelas sociedades atuais, como é o caso de epidemias, atualiza-se o dever fundamental de se vacinar, mas sem perder de vista as garantias de um Estado de Direito e os limites aos limites para restrição de direitos fundamentais. Impõe-se alertar e combater medidas que, sob o pretexto de tutela da saúde e da coletividade, possam efetivar um controle sobre os corpos e um autêntico “Estado Biométrico”.

Não se pode aceitar a vacinação coercitiva, mas se admitem restrições a quem se recusa a tomar o imunizante, sob a perspectiva de se evitar danos à saúde coletiva. Condutas individuais devem ser respeitadas a não ser que possam pôr em risco a saúde da coletividade.

Atualiza-se ainda a atividade informativa do Estado e da Administração, como um dever de fornecer informações claras e precisas visando obter a adesão do público para essa tão importante política e ainda afastar a desinformação e a ignorância.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer** – O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. La invención de una epidemia. In **Sopa de Wuhan**. Org. AGAMBEN, Giorgio, ZIZEK, Slavoj, NANCY, Jean Luc, BERARDI, Franco “Bifo”, PETIT, Santiago López, BUTLER, Judith, BADIOU, Alain, HARVEY, David, HAN, Byung-Chul, ZIBECHI,

Raúl, GALINDO, María, GABRIEL, Markus, GONZÁLEZ, Gustavo Yañez, MANRIQUE, Patricia y PRECIADO, Paul B. Editorial ASPO, 2020, disponível em: <https://tiempodecrisis.org/wp-content/uploads/2020/03/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf?fbclid=IwAR386959-q7FG9ZCeGsEFSxGBOerZNNMf3s1hmLn8nYjcieT4QA-yxx6zE>. Acesso em 24 abril 2021.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, p. 152-180, jul/dez 2010.

COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. **Direito administrativo da emergência**. Coimbra: Almedina, 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations**. Resolution 2361 (2021). Disponível em: <https://pace.coe.int/en/files/29004/html>. Acesso em 02 mar. 2021.

CORREIA, Sérvulo. José Manuel. **Escritos de Direito Público**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2019.

DIAS, Eduardo Rocha e SILVA, Clarissa Sampaio. Direito Administrativo Brasileiro em tempos de Covid-19: principais impactos e sua avaliação sob a perspectiva de uma cláusula geral de estado de necessidade administrativa. **Revista de Direito Público**. v. 17, n. 94, 2020, pgs.441-464.

DUPEYROUX, Jean-Jacques. **Droit de la sécurité sociale**. Paris: Dalloz, 2001.

EUROPEAN COMMISSION. **Coronavirus: Comission proposes a Digital Green Certificate**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181. Acesso em 25 abril 2021.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e a democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

FIOCRUZ. **A Revolta da Vacina**. 2005. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>. Acesso em 10 mar. 2020.

GANDER, KASHMIRA. **Unkown Covid Vaccine side effects may appear after millions immunized but benefits outweigh risks**. Disponível em: <https://www.newsweek.com/covid-vaccine-side-effects-rare-long-term-benefits-outweigh-risks-millions-immunized-1552009>. Acesso em 10 abr. 2021.

GUIZARDI. Francini Lube. Direito à saúde e a participação política no SUS: cenários, dispositivos e obstáculos. In **Direito Sanitário** (ASENSI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni-organizadores). Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 27-69.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia** – e breves lições para o mundo pós-coronavírus. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

HICKS, Lucy. **Herd Immunity and Covid-19: 5 things to know**. 2021. Disponível em: <https://www.medscape.com/viewarticle/949145>. Acesso em 10 mai. 2021.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque-Londres: W.W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo da emergência – um modelo jurídico**. 2020. Disponível em: <http://jbox.justen.com.br/s/Ngmno9amBAAAwAB#pdfviewer>. Acesso em 11 mar 2021.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOUREIRO, João Carlos. Bens, males e (e)Estados (in)constitucionais: socialidade e liberdade(s): notas sobre uma pandemia. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 787-832, set./dez. 2020.

_____. Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência – Algumas Questões Juspublicísticas, in **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 797-891.

MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2010.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, out./dez. 2007, p. 153-181.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. **Direito do Procedimento Administrativo**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2016.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus (COVID-19) Deaths**. Disponível em https://ourworldindata.org/covid-deaths?country=IND~USA~GBR~CAN~OWID_WR. Acesso em 02 mai 2021.

PHILLIPS, Nicky. The coronavirus is here to stay- here what that means. **Nature**, 590, 383-384, Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-021-00396-2>. Acesso em 10 abr. 2021.

PORTUGAL. Direção-Geral da Saúde. **Programa Nacional de Vacinação**. 2021. Disponível em: <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-de-vacinacao/programa-nacional-de-vacinacao.aspx>. Acesso em 11 mar. 2021.

RESENDE, José Renato Venâncio; ALVES, Cândice Lisbôa. A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 65, n. 2, Mai/Ago. 2020, p. 129-148.

SANTOS, Paulo; Alberto HESPAHOL. Recusa vacinal_ o ponto de vista ético. **Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar**, v.29, n.5,2013, pgs.328-333, Disponível em <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/11167/10893>. Acesso em 10 abr. 2021.

SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filcchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico- constitucional brasileira. In **Direito Sanitário** (ASENSI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni- organizadores). Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012, p. 27-69.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Recenti Sviluppi del Diritto Amministrativo Generale in Germania, in **Diritto Pubblico**, Ano III, n. 1, janeiro/abril de 1997, Pádua, CEDAM, p. 27-73.

SCHWABE, Klaus, MALLERET, Thierry. **COVID-19: The great reset**. Forum Publishing, 2020.

SUCCI, Regina Célia de Menezes. Recusa Vacinal: que é preciso saber. **Jornal de Pediatria**, v.94.n.6, Porto Alegre. nov/dez/2018, pgs 574-581. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpmed.2018.01.008>. Acesso em 10 abr. 2021.

SRIDHAR, Deir. Covid-19: What health expert could and could not predict. **Nature**, 26, 2020, p. 1812. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-01170-z>. Acesso em 10 abr. 2021.

THALER, Richard, SUNSTEIN, Cass. **Nudge** – Improving decisions about health, wealth and hapiness. Penguin Books: Londres, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19** – 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 22 mai. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **COVID-19 Vaccines**. 2021. Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines>. Acesso em 01 mai. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**. Public Affairs: New York, 2019.