

A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE COMO PRESSUPOSTO À NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE APLICAÇÃO DA VACINA DA COVID-19

Antonio Ali Iossef Paranhos de Brito¹

RESUMO: Artigo destinado à análise das ações do Estado brasileiro na promoção do acesso à vacina da COVID-19 no país, com base no ideário constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Partindo desta premissa na Constituição acerca do direito à saúde, também se analisa o conflito com a teoria da reserva do possível, a fim de verificar se o problema de recursos causado pela crise será, de fato, uma justificativa para o Estado se eximir de cumprir seus deveres constitucionais em uma crise de saúde, sugerindo medidas proporcionais para a atuação estatal.

Palavras-chave: Direito à saúde; Constituição brasileira; COVID-19; vacinas; prestação estatal.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos no mundo uma das maiores crises de saúde de toda a história, que é a pandemia da COVID-19, doença causada pelo coronavírus (SarS-Cov-2), constituindo um dos maiores desafios já vividos pela humanidade.

Sabendo que a Constituição do Brasil disciplina, em seu art. 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, logo se delinea a problemática envolvendo o modo como os entes públicos procederão no cumprimento deste dever constitucional, no que pode ser considerada, sem dúvidas, a maior emergência sanitária ocorrida no país após a promulgação da Lei Maior de 1988, especialmente em suas implicações na vacinação da população.

Assim, o presente artigo busca analisar como se dará a atuação estatal na aplicação das vacinas a partir da ótica fornecida pela nossa Carta Magna, e, desse modo, fazer reflexões sobre os meios constitucionais de acesso à saúde neste período de crise, sobretudo no processo de imunização dos cidadãos e, conseqüentemente, na garantia dos seus direitos fundamentais.

O tema goza de grande relevância social, pois é de conhecimento geral que o coronavírus impactou profundamente o funcionamento de praticamente todos os setores da sociedade, e a tratativa do acesso à vacina — enquanto maior garantia de estabilização para a atual crise — importa, também, na esfera do direito, pois interessa saber como o documento jurídico de maior relevância no ordenamento pátrio, que é a Constituição, terá de fato incidência e influência no desenrolar das ações do Estado brasileiro.

A construção deste artigo foi fundamentada em pesquisas bibliográficas com a finalidade de observar como a doutrina e a jurisprudência brasileira opinam sobre a constitucionalização da saúde no Brasil. Assim, cria-se substrato teórico para refletir sobre o caso da pandemia, de modo a realizar incursões nos debates sobre a disponibilização das vacinas a partir de tais dados. Foi, portanto, o caso de realização da pesquisa qualitativa. Do mesmo modo, as referidas discussões serão travadas em volta da adequação do proceder do Estado brasileiro ao quanto disposto na Constituição, e, por isso, se pressupõe para tal análise a utilização do método hipotético-dedutivo.

Serão tratadas temáticas como a disciplina da Constituição Federal, analisando como se dá a estrutura do direito à saúde, porém, dialogando com a limitação de recursos para sua aplicação, examinadas na teoria da reserva do possível, para que, a partir desses pressupostos, se possa analisar a aplicação das vacinas da COVID-19 sob a observância dos ditames constitucionais.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

2 O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ROL DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 surgiu em meio a um ambiente voltado à ávidas discussões sobre valores democráticos, efetivação dos direitos fundamentais e garantias constitucionais que, no processo constituinte, foram reincorporadas ao nosso sistema constitucional em virtude de reivindicações e mobilizações do seio social, por terem experimentado as consequências da não aplicação destes direitos nos anos anteriores a promulgação da Carta Magna.

Tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana², a Constituição trouxe, norteadas por este ideal, a positivação de princípios que passaram a funcionar como ditames constitucionais na interpretação e aplicação de todo o nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos parâmetros que, à época, verdadeiramente mudaram o paradigma existente em nosso direito, especialmente na proteção do cidadão brasileiro.

A ideia da construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa a ser uma preocupação expressa do Estado, ao ponto de se constituir um objetivo da República. Assim, foram consolidadas diversas concepções jusfilosóficas baseadas em discussões sobre as dimensões dos direitos fundamentais, bem como do seu âmbito de efetivação da comunidade, notadamente em uma sociedade com as peculiaridades sociais e econômicas como a brasileira.

A positivação de tais objetivos, e de outros, como o estímulo ao desenvolvimento nacional, confere ao Estado o poder-dever de proceder na conformidade dos ditames supramencionados, e, assim, promove, de modo, inclusive, louvável, a inclusão de valores essenciais ao progresso da nação e necessários à existência humana, prezando pela sua observância em um documento normativo que, efetivamente, tenha força para ditar tais parâmetros nas ações de todos os poderes da República.

A nova concepção de que todos seriam conferidos de tais direitos, sendo estes garantidos pelo próprio Estado — que também passara a ser Estado Democrático de Direito — consagrou o ideal da igualdade, que também é tida como objetivo do país, pautando a necessidade de combater as desigualdades, promover a justiça social, entre outras questões fundamentais, devidamente reconhecidas no texto constitucional.^{3 4}

São essas, portanto, algumas premissas teóricas incorporadas pela nossa Constituição.

Partindo, então, de tais premissas, é que se adentra na discussão sobre o cumprimento e efetivação destas garantias, ou seja: sabendo que existem tantos objetivos, princípios, ditames a serem conferidos pelo Estado, como, então, este poderia ter instrumentos para a efetivação destas todos eles?

É daí que pode ser abordada a temática dos direitos que, também, se voltam ao bem-estar social, os quais, segundo o professor Edvaldo Brito, podem ser tratados como: ⁵

Aspirações da sociedade, que configuram elementos clássicos da Teoria da Constituição, convivem com esses valores e com os quais se apelidam de modernos, mas que consistem em direitos fundamentais que são versões daqueles valores. Tais são: o direito de manifestação da sociedade civil, o direito de resistência, o pluralismo político e o

² HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 356-362.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 34 ed. São Paulo, Malheiros, 2019, p. 578.

⁴ GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, jan./jun. 1985, p. 43.

⁵ BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 32.

jurídico, os novos contornos da desobediência civil. Convivem esses elementos modernos com os clássicos configurados no direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, verdadeiros gêneros dos direitos e das garantias fundamentais, todos eles, aliás, tendo como vector o direito à igualdade, pois, a cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias como a Constituição assegura, não por acaso ou arbitrariamente, mas porque o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados.

Convém, do mesmo modo, adentrando no âmbito dos direitos sociais, citar sobre a temática das políticas públicas, verdadeiras prestações positivas por parte do Estado, que podem ser melhor compreendidas a partir da doutrina do professor Robert Alexy, que faz importantes reflexões tomando por base a Constituição da Alemanha, porém, podendo ser, aqui, aproveitadas ⁶:

A renúncia consciente do legislador constituinte à formulação de normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações é, no entanto, apenas um lado da questão. O outro consiste na possibilidade de encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a prestações. Em primeiro lugar devem ser mencionadas “a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade humana (art. 1º, §1,2 da Constituição Alemã) e cláusula do Estado Social (art. 20, §1º, e art., 28, 1º,1). A

Portanto, obtendo tal respaldo dos mencionados doutrinadores, é que se percebe que a Constituição, ao fixar a universalização dos serviços essenciais por parte do Estado, do mesmo modo confere a este a sua implantação, tema que perpassa pela discussão das normas constitucionais programáticas, sobre as quais se sustenta a vinculação de planos, princípios e programas a serem estabelecidos, objetivando a consecução dos fins sociais do país ⁷; bem como as normas institutivas, que tratam da criação de organizações estatais, de modo a organizar, portanto, tais instituições, consoante o nosso sistema jurídico. Conforme tem se teorizado, tais normas serão fixadas na forma de lei, como é o caso da ordem social, que se verá a seguir.

2.2 DA ORDEM SOCIAL

Toda a discussão trazida acerca de um Estado que, efetivamente, pudesse estar atrelado a promoção do bem-estar social e da justiça social foi substrato para que se positivasse na Constituição, a partir do seu título VIII, as disposições concernentes à ordem social, a partir da influência de Constituições como a de Weimar, de 1919.

Surge, então, a disciplina da Seguridade Social, que envolve toda a prestação estatal voltada para a atuação em três pilares: saúde, assistência social, e previdência social.

Como objetivos de tal sistema, o art. 194 traz como algumas de suas finalidades: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio;

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 5 tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 435

⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p.164

diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.⁸

Sobre este tema, é o professor Dirley da Cunha Jr. que traz preciosas contribuições acerca dos desdobramentos dos incisos supramencionados, que são chamados pelo professor, inclusive, de princípios⁹:

A universalidade da cobertura e do atendimento tem por finalidade abranger no sistema de proteção estatal o maior número de pessoas, acometidas por uma variedade de fatores que envolvem riscos sociais que obstam uma existência digna.

A uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, objetivando tratar igualmente os segmentos de ambas as esferas de convivência social e de trabalho, porém, sabendo-se que a maior vulnerabilidade do trabalhador rural, quando recorremos ao pragmatismo, exige um maior esforço estatal para preservação de suas garantias. A seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços busca ponderar a aplicação das prioridades de atuação em face do grau de necessidade dos cidadãos destinatários das prestações positivas do Estado, fixando critérios, portanto, atentos a esta divisão em conformidade com a condição socioeconômica de cada um.

A irredutibilidade dos benefícios é mais uma garantia no que diz respeito ao cidadão brasileiro que necessita destes programas sociais do Estado, a fim de que sua estabilidade econômica não seja afetada por eventuais prejuízos que poderiam decorrer da redução dos valores destinados aos segurados.

A equidade na forma de participação no custeio, que tem incidência apenas no campo da previdência, preconiza o ideal de que as contribuições do cidadão ao sistema previdenciário só podem ser feitas proporcionalmente ao seu poder de pagar, diretamente atrelado à sua condição financeira.

A diversidade da base de financiamento preconiza a ideia de que todo o seio social deve contribuir enquanto fonte de financiamento do sistema da seguridade social no Brasil, inclusive por meio do Poder Público, e de suas organizações que auxiliam na prestação de serviços aos brasileiros.

2.3 O DIREITO À SAÚDE

Dentre os pilares encontrados no sistema da seguridade social, encontramos a saúde, que, de acordo com o art. 196 da Constituição, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Tal disposição atribui ao Estado uma vinculação para que possa promover tal direito, estendendo-o a todos os brasileiros, nos termos do art. 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Esta necessidade de disposição por meio de norma foi substrato para a criação da Lei 8080/90, a Lei Orgânica da Saúde, que, tomado pelo ideal da universalização da garantia destes direitos, criou o Sistema Único de Saúde (SUS), uma referência mundial no que diz respeito ao alcance

⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2018, P. 717-719.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. Salvador, Editora Juspodvim, 2020, p.1238 e 1239.

à sociedade por meio de uma prestação pública. Promovendo, como já aludido, uma garantia constitucional referida como dever do Estado (art. 196), de modo que, para se adequar a um país, como o Brasil, que tem dimensões continentais, além de tratar de um campo tão complexo como saúde, era necessário fixar algumas diretrizes, que foram formalizadas nos termos do art. 198 da Constituição: “I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

Além disso, determinou um sistema de repartição de competência entre os Entes Federativos, de modo a dividir a sua gestão, entendendo-se, também, os critérios de cada um a partir de seus mecanismos que possibilitem a sua proximidade com a população e, por consequência, tenham a aptidão para prestar serviços de saúde com qualidade.

Sobre o tema, sintetiza bem o ministro e professor Luís Roberto Barroso:¹⁰

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).”

Assim, é concebida no Brasil uma rede pública de saúde organizada a de forma regionalizada e hierarquizada, dividindo funções entre os entes federativos, porém, atribuindo a estes entes o dever de uma gestão descentralizada, de modo que se atenda, sobretudo, as demandas locais.

3 DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 SURGIMENTO E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Em 18 de julho de 1972, o Tribunal Constitucional Federal Alemão proferiu uma decisão paradigmática a respeito do referido tema, a ser tratado, versando sobre o seguinte caso:

Foram levadas à Corte situações concernentes a leis estaduais alemãs que limitavam o acesso de estudantes de medicina a instituições de ensino superior públicas, nas regiões de Hamburgo e da Baviera.

Tais leis baseavam -se na capacidade de admissão das tais Universidades, de modo que alguns estudantes foram impedidos de entrar nas Universidades em virtude da tal política de aceitação de alunos, no que se chama de decisão *numerus clausus*.

O Tribunal alemão analisou a referida situação a partir da alegação de que se estaria violando o art. 12, I, da Lei Fundamental Alemã que trata da liberdade profissional, na medida em que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2007, p. 15 e 16

formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”.

A Corte, então, entendeu que, de fato, ao interpretar este caso com base no princípio da igualdade e do Estado Social alemão, conjuntamente com a aludida liberdade de profissão, o direito de acesso a instituições de ensino, principalmente públicas, seria, inegavelmente, garantido aos estudantes no país. Portanto, entendeu-se que haveria uma violação a este direito havendo restrições ao seu gozo por meio de uma determinação legislativa.

Ocorre que o Tribunal Constitucional Federal também sinalizou que estariam condicionados a uma *reserva do possível*, ou seja, o que seria possível, agindo com razoabilidade, exigir do Estado no que diz respeito a uma prestação positiva.

Assim, pretensões e exigências que eventualmente não se mostrassem razoáveis socialmente, haveriam de ser afastadas por consequência de um infringimento de “limites” frente à sociedade acerca da garantia de algum direito.

Desse modo, o acesso a vagas limitadas foi entendido como um pleito desarrazoado pelo Tribunal, afastando a pretensão dos estudantes de efetivamente terem a possibilidade de entrarem nas universidades.

Tal teoria ganhou projeção internacional, ganhando elogios e, notadamente duras críticas, e chegou ao debate sobre a sua aplicação no Brasil^{11 12}, como se verá a seguir.

3.2 APLICAÇÃO PRÁTICA NO BRASIL

Críticas como a de José Joaquim Gomes Canotilho¹³, segundo o qual “rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”, foram trazidas ao debate doutrinário sobre a aplicação da teoria em países com situações tão peculiares como as do Brasil. Nesse sentido, é importante trazer algumas posições importantes acerca do tema, como a do ilustre Robert Alexy¹⁴, segundo o qual:

em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade.

Como se vê, a doutrina de peso vai no sentido de que não seria cabível intentar restringir os direitos e garantias fundamentais em regramentos como o disposto na Constituição Federal de

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286.

¹² KRELL, Andreas; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 30.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

¹⁴ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 69.

1988, que é, essencialmente, uma Constituição dirigente, na medida em que dita as metas constitucionais e serem cumpridas por parte do Estado, e, portanto, não haveria de ser infringida por construções pretorianas — muito menos doutrinárias — acerca do seu âmbito de efetivação. O que pode ocorrer é o choque entre princípios e garantias fundamentais em um mesmo caso, passíveis de ocorrência em razão da abertura de seu conteúdo e facilmente aplicadas a situações práticas, atentando a uma ponderação no que diz respeito a observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A diferença é tênue, mas, como se vê, não se pode simplesmente afastar a incidência de normas constitucionais em razão de serem impassíveis de execução.

Nesse sentido, convém trazer o posicionamento do professor Dirley da Cunha Junior¹⁵, que traz críticas sobre a teoria:

Sucedem, porém, que no Brasil a teoria da reserva do possível foi mal interpretada e passou a ser utilizada como fundamento econômico e financeiro, associada a insuficiência de recursos públicos, como forma de justificar a omissão do poder público no cumprimento de sua obrigação constitucional no sensível campo dos direitos sociais, mas, sim, à razoabilidade da pretensão das pessoas perante o Estado e à sociedade.

[...]

Há casos em que, não raro, os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínios político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro, por exemplo. A propósito, é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento ou periférico, teorias jurídicas hauridas de países desenvolvidos ou centrais. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro.

Isso significa, na visão do professor, que a eventual omissão por parte de Estado na prestação social ao cidadão estaria se ferindo o mínimo existencial na eventual apresentação de escusas para se eximir de cumprir as determinações legais e constitucionais, sem conferir existência digna ao cidadão alegando questões orçamentárias.

Nesse raciocínio, não garantir este padrão mínimo de bem-estar aos cidadãos seria reduzir o quanto disposto na Constituição a letras frias escritas em um pedaço de papel.

No mesmo sentido, questão interessantíssima a ser tratada é a intervenção judicial nos casos em que há omissão do legislador em proposições envolvendo a efetivação de direitos fundamentais, notadamente nos casos envolvendo o direito à saúde, oferecendo óbices administrativos aos gestores públicos — os verdadeiros detentores do poder de execução de políticas públicas — de modo a causar um embaraço ainda maior no problema orçamentário.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou esta questão, na ADPF 45 em julgamento merecedor de citação neste trabalho:

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. Salvador, Editora Juspodvim, 2020, p.691 e 692

[...]

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.Cabe assinalar, presente esse contexto consoante já proclamou esta Suprema Corte que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade

governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]

Tal questão também toca em grandes polêmicas, pois implica no debate a respeito do poder dos juízes, pois na medida em que estes podem interferir, em casos da falta de suporte financeiro para a satisfação de questões sociais a respeito da garantia de direitos individuais no caso concreto, acabam por refazer as escolhas alocativas de recursos públicos no que se conforma a sua decisão, partindo, portanto, de uma análise exclusiva deste.

Ocorre que tal situação não resolve o problema, pois ainda existiriam muitos cidadãos que não teriam seus direitos garantidos, pois o recurso correspondente ao pagamento de um medicamento, por exemplo, foi destinado à compra do medicamento de outra pessoa, somente pelo fato desta ter entrado em juízo, e o magistrado ter deferido o seu pedido — o que também gera insegurança — pois a abertura deste tema possibilita aos juízes interpretar em um amplo espectro subjetivo, fazendo escolhas quase que políticas na alocação de recursos para a parte envolvida em seu processo específico.

Bem pensadas as coisas a respeito da (des)concentração dos recursos para a realização de serviços públicos, partimos para uma análise deste tema em alinhamento a questão das vacinas da COVID-19 no Brasil, como se verá a seguir.

4 A QUESTÃO DAS VACINAS DA COVID-19

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não bastassem os pontos já trazidos, agora vivemos no que pode ser considerada a maior crise de saúde mundial desde o advento da Constituição de 1988, que é a pandemia da COVID-19, doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, cujo espectro clínico abrange infecções assintomáticas até quadros graves.

Com um altíssimo índice de proliferação da doença, em interseção com um baixo índice de medidas de prevenção adotadas pela população — seja pela dificuldade na informação do povo, ou pelo próprio descaso de muitos — as demandas de saúde no país cresceram, nas mais diversas esferas, de modo exponencial. Pelo fato desta pandemia ser, de certa forma, uma doença nova, constatou-se uma grande dificuldade dos entes estatais em realizar estratégias de resposta ao coronavírus, problema acentuado pela postura da população em razão das complicações trazidas à economia que ocasionaram no impasse do funcionamento de diversos setores da sociedade.

A facilidade de disseminação do vírus gerou um verdadeiro caos no sistema de saúde no nosso país, onde a população sofreu em virtude do índice desesperador da ocupação dos leitos de UTI, de modo que não se conseguiu atender, em sua totalidade, todos os cidadãos brasileiros afetados pela doença.

No entanto, a maior medida de combate a uma doença — que é a sua vacina — tem sido alvo de grandes debates quanto a sua efetiva implementação no país. O Governo Federal apresentou, no dia 22/01/2021, a 2ª edição do seu Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19, em que expôs as atualizações concernentes ao processo de imunização no país, no entanto, se limitando a explicar com mais detalhes sobre a primeira etapa da vacinação. No Plano, o Ministério alegou que o Brasil teria acesso à mais de 354 milhões de doses de vacinas para o ano de 2021, por meio de acordos com a Fiocruz (254 milhões de doses), Butantan (100 milhões de doses) e Covax Facility (42,5 milhões de doses).¹⁶ Tal afirmação entra em choque com a situação presenciada até o momento da produção deste artigo, quando fora vacinada cerca de 3% da população, em um ritmo que, proporcionalmente, segundo cálculos, levaria mais de 4 anos para se completar todo o processo de vacinação.¹⁷ Este cenário, por mais trágico que seja, ainda garantiria a eficácia deste meio de livramento da doença, mesmo que a longo prazo. Ocorre que o quadro atual sofre, diariamente, ameaças de agravamento, pois a vacinação da população tem sido feita, até, objeto de contenda entre os agentes governamentais, adentrando no âmbito, inclusive, político, que dá ensejo a ações estatais minimizando o processo de imunização, ocasionando, por exemplo, na suspensão de

¹⁶ Em plano atualizado, Ministério da Saúde prevê 77 milhões de pessoas nos grupos prioritários da vacinação. G1, 22 Jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/22/em-plano-atualizado-ministerio-da-saude-preve-77-milhoes-de-pessoas-nos-grupos-prioritarios-da-vacinacao.ghtml>. Acesso em 24. Fev. 2021.

¹⁷ JANSEN, Roberta. No ritmo atual, Brasil levaria mais de quatro anos para vacinar toda a população. CNN, 06 Fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/amp/saude/2021/02/07/no-ritmo-atual-brasil-levaria-mais-de-quatro-anos-para-vacinar-toda-a-populacao>. Acesso em 25 Fev. 2021.

compra de insumos, falta de planejamento, politização de órgãos públicos etc.^{18 19 20} O choque entre Estados, e, nesse caso, de entes da Federação, demonstra a desvirtuação de um sistema de saúde de gestão uniformizada, consoante já tratado nos pontos iniciais do presente estudo, e afeta o ideal da igualdade no acesso às vacinas a partir de critérios que desequilibram o sistema estatal, em verdadeira transmutação dos ideais federalistas prelecionados por John Jay, James Madison e Alexander Hamilton, conforme fora previsto há séculos atrás²¹:

The expedients which have been mentioned would soon give the States or confederacies that made use of them a superiority over their neighbors. Small states, or states of less natural strength, under vigorous governments, and with the assistance of disciplined armies, have often triumphed over large states, or states of greater natural strength, which have been destitute of these advantages. Neither the pride nor the safety of the more important States or confederacies would permit them long to submit to this mortifying and adventitious superiority. They would quickly resort to means similar to those by which it had been effected, to reinstate themselves in their lost pre-eminence. Thus, we should, in a little time, see established in every part of this country the same engines of despotism which have been the scourge of the Old World. This, at least, would be the natural course of things; and our reasonings will be the more likely to be just, in proportion as they are accommodated to this standard.

Resta, então, fazer uma síntese dos capítulos que vimos até aqui, culminando para o caso da vacinação: conforme já analisado, as circunstâncias da crise têm impedido o Estado de cumprir seu dever constitucional de garantir à saúde como direito de todos; e, do mesmo modo, a teoria da reserva do possível demonstrou que a limitação de recursos impede, em certos casos, a aplicação das políticas públicas em situações que não seja razoável prezar pela sua execução, em razão dos prejuízos que poderiam causar ao Estado.

Assim, cabe uma observação: Nada poderia ser tão atípico, em qualquer setor da sociedade, como a pandemia de COVID-19. É verdadeiro exemplo de uma crise sem precedentes. Nesse sentido, as mais de 250 mil mortes ocorridas no país como consequência do vírus seria algo “razoável” para que o Estado não se eximisse ou não minimizasse o seu dever de prestação? O que poderemos extrair da atuação estatal na promoção do acesso universal à saúde no momento em que seja, talvez, o de maior necessidade social de efetivação desta garantia desde o advento da Constituição de 1988?

Pressupondo, obviamente, que esta crise demandou um esforço enorme de Poderes e Governos de toda a República, e que, do ponto de vista prático, é impossível atender a todas as demandas sociais decorrentes da pandemia, o Estado brasileiro não terá as mínimas condições de garantir o acesso de todos, instantaneamente, às medidas básicas de tratamento da doença, tal como tem

¹⁸ Governo não tem plano estratégico contra a covid-19, diz TCU. Poder 360, 21 Dez. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/governo-nao-tem-plano-estrategico-contr-a-covid-19-diz-tcu/>. Acesso em 25 Fev.2020.

¹⁹ AZEVEDO, Reinaldo. Anvisa toma lugar de Deus, distorce lei e escancara politização. CPI já! UOL, 15 Dez. 2020. Disponível em: [://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/12/15/anvisa-toma-lugar-de-deus-distorce-lei-e-escancara-politizacao-cpi-ja.htm](https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/12/15/anvisa-toma-lugar-de-deus-distorce-lei-e-escancara-politizacao-cpi-ja.htm). Acesso em 25 Fev. 2021.

²⁰ Competição política e vacinação. Folha de São Paulo, 25. Jan 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/por-que-economias-em-bom-portugues/2021/01/competicao-politica-e-vacinacao.shtml?origin=folha> Acesso em 25 Fev. 2021.

²¹ HAMILTON, Alexander. The Federalist Papers – No. 7. The Consequences of Hostilities Between the States From the New York Packet. Tuesday, November 20, 1787.

ocorrido com outros problemas sociais acumulados há anos, que contribuíram para o alargamento da crise atual.

Mas, por outro lado, se pergunta: como poderão se efetivar as garantias constitucionais, em tempos de crise e de maior necessidade, se estes meios de salvaguarda têm sua aplicação restringida no plano pragmático em face das impossibilidades fáticas que simplesmente impedem a promoção de políticas públicas por menoscabo de alguns setores do poder estatal? Seriam garantias, portanto, que não poderiam ser efetivadas de maneira materialmente igualitária e justa no país?

Analisemos, então, à título de exemplo, posturas tomadas pelo Estado brasileiro que deram ensejo as reflexões que aqui vêm sendo realizadas.

Dentre tantos pontos que causam preocupação, à luz do ideal de proteção social plasmado na Constituição, destaca-se o caso de alguns grupos sociais mais vulneráveis, no exemplo dos indígenas, comunidades ribeirinhas, quilombolas, moradores de rua etc. Todos estes segmentos têm sido impactados de forma amplificada nesta pandemia, pelo distanciamento — seja no espaço físico, ou mesmo no plano social — dos grandes centros e, conseqüentemente, do atendimento de saúde que lhes seria garantido, em tese, pela Carta Magna.

Repete-se: como procederia o Estado, então, no cumprimento deste dever constitucional? De acordo com o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19, se daria da seguinte forma:

Assim, no delineamento de ações de vacinação nestas populações deve-se considerar os desafios logísticos e econômicos de se realizar a vacinação em áreas remotas e de difícil acesso. Não é custo-efetivo vacinar populações em territórios de difícil acesso em fases escalonadas, uma vez que a baixa acessibilidade aumenta muito o custo do programa de vacinação.²²

Evidente é o choque com as garantias universais previstas na Constituição.

4.2. BREVES REFLEXÕES SOBRE O ESFORÇO DE IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO DE VACINAÇÃO EM FACE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Inicialmente, o grande conflito se deu em torno da obrigatoriedade das vacinas. A lei federal 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, previa em seu art. 3, III, d, que:

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

III - determinação de realização compulsória de:

d) vacinação e outras medidas profiláticas;

Ainda convém citar a Lei 6.259/1975, que, na abordagem sobre o Programa Nacional de Imunizações, dispõe nos seus arts. 3º e 6º que:

²² BRASIL. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19. 2ª ed. Brasília, Ministério da Saúde, 2021. p. 18.

Art 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório.

Art 6º Os governos estaduais, com audiência prévia do Ministério da Saúde, poderão propor medidas legislativas complementares visando ao cumprimento das vacinações, obrigatórias por parte da população, no âmbito dos seus territórios.

Com esse fundamento, o Presidente da República anunciou, em 19/10/2020, que as vacinas da COVID-19 não seriam impostas com vinculação obrigatória a nível federal.²³ No entanto, com a ressalva de que os governos estaduais poderiam, até então, vincular a obrigatoriedade da vacina, ou mesmo intensificar o processo de imunização — como anunciou o Governador do Estado de São Paulo que iria o fazer ²⁴ — poderia se questionar: seriam diferentes concepções políticas que iriam determinar qual conjunto populacional teria a garantia do acesso universal à saúde a partir Unidade Federativa que residem? Conforme se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimentos sobre o assunto, inclusive, no que tange a autonomia dos Estados para atuar na imunização de seus habitantes.

É necessário salientar, entretanto, que poderia estar se adentrando em uma discussão complexa, doutrinariamente, sobre a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva ²⁵ aponta que “não é difícil encontrar contra-exemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta dessas características” que englobam a impossibilidade de renúncia. Mas, será o direito fundamental à saúde passível de ser renunciado? Não pode a renúncia, certamente, ser um fundamento para justificar o não cumprimento do dever de promoção do acesso da vacina por parte do Estado.

E assim o é *dever*, na medida em que o Código Penal brasileiro dedica um de seus capítulos para a disposição dos crimes contra a saúde pública, dentre os quais, em seu art. 268, tipifica o delito de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”.

4.3 A JUDICIALIZAÇÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DAS VACINAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cita-se, no presente trabalho, algumas ações realizadas perante o Supremo Tribunal Federal tratando sobre o tema da imunização. Independentemente do posicionamento da Corte, cabe-a definir, com a prerrogativa da última palavra, todas as discussões constitucionais aqui referenciadas que, eventualmente, possam a ela ser trazidas. Desse modo, enquanto Corte Constitucional do Brasil, é a única com reserva de competência para realizar a jurisdição constitucional: cabe ao Supremo dizer o que é a Constituição no caso concreto.²⁶

A respeito da obrigatoriedade, conforme já adiantado, destacam-se, inicialmente, a ADI 6586 e a ADI 6587, ajuizadas em face do Presidente da República, contrariando suas manifestações

²³ GOMES, Pedro Henrique. Bolsonaro diz que vacinação contra a Covid-19 não será obrigatória. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/19/bolsonaro-diz-que-vacinacao-contra-a-covid-19-nao-sera-obrigatoria.ghtml>. Acesso em 22 Out 2020.

²⁴ BRITO, Allan; PEREIRA, Felipe; BRAGANÇA, Rafael. Doria diz que vacina contra covid-19 será obrigatória em SP se for aprovada. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/10/16/doria-diz-que-vacina-contra-covid-19-sera-obrigatoria-em-sp-se-for-aprovada.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 22. Out 2020.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61-62.

²⁶ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-124.

acerca da não obrigatoriedade da vacina, bem como a arguição de inconstitucionalidade dos seus fundamentos legais para tais práticas, anteriormente aqui expostos.

Em julgamento conjunto, o relator das ações, Ministro Ricardo Lewandowski, realizou importantes considerações acerca da análise dos temas levantados sob o prisma constitucional, conforme se extrai de alguns trechos a seguir reproduzidos.

Forçoso é concluir que a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto a determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias antes mencionadas. Em outras palavras, afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento.

[...]

ainda que a vacinação não seja forçada, a imunização compulsória jamais poderá ostentar tal magnitude a ponto de ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. Afinal, é perfeitamente possível a adoção de uma política de saúde pública que dê ênfase na educação e na informação, ao invés de optar pela imposição de restrições ou sanções, como instrumento mais adequado para atingir os fins pretendidos. De fato, diante dos riscos existentes, ou mesmo daqueles simplesmente percebidos como tais pela população, seria eticamente discutível encarar a obrigatoriedade como a primeira opção governamental para lograr a imunização da população ou, pelo menos, de sua maior parte.

Adentrando nas discussões a respeito dos dispositivos infralegais acima mencionados, Sua Excelência anotou que:

Diante desse quadro, penso que, a rigor, a previsão de vacinação compulsória contra a Covid-19, determinada na Lei 13.979/2020, não seria sequer necessária, porquanto a legislação sanitária, em particular a Lei 6.259/1975 (arts. 3º e 5º), já contempla a possibilidade da imunização com caráter obrigatório. De toda a sorte, entendo que o mais recente diploma normativo, embora não traga nenhuma inovação nessa matéria, representa um reforço às regras sanitárias preexistentes, diante dos inusitados desafios colocados pela pandemia.

Desse modo, concluiu ao sustentar que:

(I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises

estratégicas pertinentes, (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.

Outra importante temática tratada pela Corte foi em referência a repartição de competência dos entes federados no que diz respeito a prerrogativa de legislar sobre as medidas de combate a COVID-19. Nesse ponto, se destacam a ADPF 672 e a ADI 6341, ambas ajuizadas em face do Presidente da República. Na primeira, por iniciativa do Conselho Federal da OAB, em que se arguiu o reconhecimento dos Estados para legislar sobre a matéria, o relator da Ação, Ministro Alexandre de Moraes, asseverou que:

Impõe-se reconhecer ausente de fundamento constitucional qualquer iniciativa do Poder Executivo federal que vise a desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios com o propósito de intensificar ou ajustar o nível de proteção sanitária e epidemiológica nos âmbitos respectivos, com fundamento em orientações de seus órgãos técnicos. Todavia, a competência dos Estados e Municípios nessa matéria não desonera a União do múnus de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública, em especial de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia da COVID-19, inclusive no tocante ao financiamento e apoio logístico aos órgãos regionais e locais de saúde pública.

Como também não ficam os Estados e Municípios liberados a adotar quaisquer medidas, independentemente da observância dos padrões gerais normatizados pela União ou do encargo de fundamentar técnica e cientificamente a necessidade e adequação das mesmas.

Dessa maneira, os Estados e os Municípios possuem competência material para implementar as medidas sanitárias previstas na Lei Federal 13.979/2020, desde que fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

No mesmo sentido, na ADI 6341, foi reconhecida a competência legislativa da União, mas resguardando a prerrogativa dos demais entes federativos sobre o tema da COVID-19. É o que se extrai de trecho de ementa inscrita pelo Relator, Ministro Marco Aurélio:

4. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde

(art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

5. Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores).

6. Os condicionamentos imposto pelo art. 3º, VI, “b”, §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo.

Além disso, compartilhando das repetidas críticas a (in)conformidade com a Constituição observada no Plano Nacional de Imunização, convém mencionar a ADPF 754, por meio da qual se argumentou perante a Suprema Corte que “dada a escassez de vacinas disponíveis no país, o Novo Plano Nacional de Imunização é ainda muito genérico, de forma que, sem uma adequada operacionalização da vacina em fases bem distintas, com uma ordem de preferências dentro de todos os grupos preferenciais, poderá ensejar várias situações de injustiça, a exemplo da vacinação de médicos que não estão na linha de frente da Covid-19 em detrimento daqueles que estão”. Nesse sentido, em relevante posicionamento, no qual se apoia a linha de intelecção do presente estudo, o Relator da Ação, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que:

Por esses motivos, mostra-se imperioso que a União, por meio do Ministério da Saúde, informe, minudentemente, **a ordem de preferência na vacinação dentro dos grupos prioritários, especificando, com clareza, quem dentro deles terá precedência, nas distintas fases de imunização contra a Covid-19**, evidenciando os motivos em que tal escolha se apoia.

Somente assim se mostrará factível racionalizar a distribuição equitativa das vacinas notoriamente escassas em todo território nacional, bem assim estabelecer paradigmas que deverão ser seguidos pelas autoridades sanitárias pertencentes aos diversos níveis político-

administrativos do País, ressalvadas eventuais particularidades locais. Ademais, apenas com a implementação de tal providência será possível evitar e reprimir a repetição dos nefastos comportamentos antissociais — e até mesmo criminosos — dos desabusados “fura-filas.

5 CONCLUSÃO

Como já visto, enfrentamos uma crise da saúde de grandes proporções, caso em que o Estado brasileiro tem se debruçado sobre estratégias de acesso ao maior mecanismo de estabilização do caos pandêmico: a vacina.

Fosse esta obrigatória ou não, interessa saber quais os mecanismos que deverão ser utilizados pelos entes governamentais no Brasil para garantir o seu acesso a todos os cidadãos. Conscientes da restrição de recursos para a execução do processo imunizatório na totalidade da população, parece ser estratégia interessante o convencional escalonamento e atividade gradativa da disponibilização da vacina através de parâmetros estabelecidos cientificamente, se baseando em condições que, comprovadamente, apresentem maior risco a eventuais contraentes da doença, como idade alta, índices de obesidade, problemas respiratórios etc. Demonstra-se, nesse sentido, que a despeito das impossibilidades fáticas da vacinação instantânea de toda a população, não pode se usar tal pretexto para se eximir do cumprimento de deveres constitucionais.

Para tanto, caberia ao poder público, nesse sentido, fixar em lei critérios mais flexíveis de implementação das estratégias de imunização; facilitar a compra e aprovação das vacinas e podendo, inclusive, permitir a atuação da esfera privada em tal processo, bem como buscar meios de estabilização do desequilíbrio estrutural entre Estados, Municípios e União e DF.

Ainda que não seja possível conceder o acesso à vacina para todos os brasileiros de uma só vez, priorizá-lo a aqueles que, pelas suas condições, apresentariam uma maior necessidade de obter sua imunização, é prezar pelo juízo de equidade que pauta a nossa Constituição, e que fundamenta outras medidas estatais já consolidadas, no exemplo das cotas, ou mesmo das prioridades conferidas aos idosos e possuidores de deficiência em diversas atividades cotidianas. Assim, a partir da realização de um planejamento consciente da escassez material, mas, sem olvidar das determinações constitucionais, poderá se objetivar, com o exaurimento das etapas deste processo, que todos possam ser contemplados, garantindo assim, os preceitos constitucionais expostos neste trabalho.

Se trata de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade em um momento de grande crise, que desafia o poder de ação do Estado, e põe à prova a real efetividade dos direitos fundamentais.

No que diz respeito a obrigatoriedade, também parece ser uma medida interessante a realização, a partir de estudos sobre aglomerações, riscos de proliferação do coronavírus e etc., de uma mensuração sobre quais âmbitos do convívio social urgem maior esforço de imunização, e fazer com que, em tais esferas, pudesse ser estudada a possibilidade de condicionar a circulação dos cidadãos à apresentação do atestado da vacina da COVID-19, tal como se faz, por exemplo, nas exigências de verificação de cartões de vacinação em algumas viagens internacionais. Tais proibições poderiam, eventualmente, ser a partir de leis, normas sanitárias, decretos, ou até mesmo a partir de determinações privadas, a depender das disposições de cada local. Assim, evitamos a incidência dos casos daqueles em que insistem em não se proteger ao se recusar a serem vacinados, para que se preze por ambientes sem contaminação, a fim de que a sociedade, em geral, se sinta segura ao retornar as suas atividades presenciais em sua totalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 5ª tiragem. São Paulo, Editora Malheiros, 2017.

AZEVEDO, Reinaldo. **Anvisa toma lugar de Deus, distorce lei e escancara politização. CPI já!** UOL, 15 Dez. 2020. Disponível em <://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/12/15/anvisa-toma-lugar-de-deus-distorce-lei-e-escancara-politizacao-cpi-ja.htm>. Acesso em 25 Fev. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo, Malheiros, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 13 out. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 26 out 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 fev. 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. Brasília, DF, 30 out. 1975. Disponível em: Acesso em: 26 out 2020.

BRASIL. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19. 2ª ed. Brasília, Ministério da Saúde, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF 29 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf754despacho.pdf>. Acesso em: 30/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF 21 out. 2020. Acesso em: 01/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.343. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF 06 mai. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754391739>. Acesso em: 01/03/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Requerente: Conselho Federal da OAB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes Brasília, DF 13 out. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf> Acesso em: 01/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.587. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF 21 out. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi6587despacho.pdf> Acesso em: 02/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF 20 out. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi6586despacho.pdf> Acesso em: 01/03/2021.

BRITO, Allan; PEREIRA, Felipe; BRAGANÇA, Rafael. **Doria diz que vacina contra covid-19 será obrigatória em SP se for aprovada.** <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/10/16/doria-diz-que-vacina-contracovid-19-sera-obrigatoria-em-sp-se-for-aprovada.htm?cmpid=copiaecola> . Acesso em 22. Out 2020.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

Competição política e vacinação. Folha de São Paulo, 25. Jan 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/por-que-economies-em-bom-portugues/2021/01/competicao-politica-e-vacinacao.shtml?origin=folha>. Acesso em 25 Fev. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª edição. Salvador, Editora Juspodvim, 2020.

G1. Em plano atualizado, Ministério da Saúde prevê 77 milhões de pessoas nos grupos prioritários da vacinação. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/22/em-plano-atualizado-ministerio-da-saude-preve-77-milhoes-de-pessoas-nos-grupos-prioritarios-da-vacinacao.ghtml>. Acesso em 24. Fev. 2020.

GOMES, Pedro Henrique. **Bolsonaro diz que vacinação contra a Covid-19 não será obrigatória.** g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/19/Bolsonaro-diz-que-vacinacao-contr-a-covid-19-nao-sera-obrigatoria.ghtml.

Governo não tem plano estratégico contra a covid-19, diz TCU. Poder 360, 21 Dez. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/governo-nao-tem-plano-estrategico-contr-a-covid-19-diz-tcu/>. Acesso em 25 Fev. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituição brasileira e as normas programáticas.** In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, jan./jun. 1985.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAMILTON, Alexander. The Federalist Papers – No. 7. **The Consequences of Hostilities Between the States.** From the New York Packet. Tuesday, November 20, 1787.

JANSEN, Roberta. **No ritmo atual, Brasil levaria mais de quatro anos para vacinar toda a população.** CNN, 06 Fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/amp/saude/2021/02/07/no-ritmo-atual-brasil-levaria-mais-de-quatro-anos-para-vacinar-toda-a-populacao>. Acesso em 25 Fev. 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas; TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 42 ed. São Paulo, Malheiros, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.