V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-475-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO DO LIVRO DO GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

É com imensa honra e satisfação que apresentamos, nessa oportunidade, o livro contendo os trabalhos apresentados e debatidos pelo Grupo de Trabalho: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, contendo artigos instigantes, atuais e polêmicos, reunidos em vários grupos temáticos, com pesquisadores de pós-graduação de universidade públicas e privadas de todo o Brasil.

Esse Grupo de Trabalho esteve reunido para a apresentações e debates dos trabalhos aprovados, na tarde de 15 de junho de 2022, sob a coordenação da professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; do professor Doutor José Antônio de Faria Martos, da Faculdade de Direito de Franca e do professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe.

Entre os temas selecionados para a apresentação nessa tarde de evento, encontramos trabalhos relevantes que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais: ressaltando a necessidade do respeito à privacidade decisória;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão e seus possíveis limites, tais como o humor, e os desafios contemporâneos no do combate à homofobia.

Observamos também a presença de textos relevantes que colocaram em questão direitos contraceptivos, como o aborto; o empoderamento feminino; em face do fanatismo patriarcal, equidade de gênero e a violência sexual contra a mulher.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras, também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE INDIVIDUAL X DIREITO À SAÚDE FRENTE A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA

COLLISION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS: INDIVIDUAL FREEDOMS X RIGHT TO HEALTH FACING COMPULSORY VACCINATION

Sabrinna Araújo Almeida Lima
Alexandre Antonio Bruno Da Silva
Carlos Alberto Aguiar Gouveia Filho

Resumo

Os movimentos antivacinas, sejam por questões filosóficas, religiosas ou morais, demonstram ser uma preocupação para a saúde de seus Estados, em razão da não proteção de um indivíduo e seu coletivo para uma possível enfermidade e do possível ferimento de direitos fundamentais, por causar o embate entre a efetivação do direito à saúde e a liberdade individual de não vacinação. O presente artigo visa demonstrar o sopesamento dos bens jurídicos tutelados. Concluiu-se que a imunização das populações é uma medida indispensável para a concretização do direito fundamental à saúde. A metodologia utilizada foi a descritiva e bibliográfica

Palavras-chave: Direito à saúde, Liberdade individual, Direitos fundamentais, Vacinação compulsória

Abstract/Resumen/Résumé

The anti-vaccination movements, whether for philosophical, religious or moral reasons, demonstrate to be a concern for the health of their States, due to the non-protection of an individual and his collective for a possible illness and the possible injury of fundamental rights, for causing the conflict between the realization of the right to health and the individual freedom of non-vaccination. This article aims to demonstrate the balance of the protected legal interests. It was concluded that the immunization of populations is an indispensable measure for the realization of the fundamental right to health. The methodology used was descriptive and bibliographical

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Individual freedom, Fundamental rights, Compulsory vaccination

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a saúde é considerada um direito fundamental constitucionalmente previsto pela Carta Magna, inerente a todos os brasileiros. Tal direito é composto por um conglomerado de normas que tem como objetivo a proteção da saúde do homem, sendo assim responsável por garantir a mínima qualidade de vida, bem-estar físico, psíquico e social.

Para algumas doenças, a vacinação é compulsória no Brasil, conforme normas proferidas pelo Ministério da Saúde, como por exemplo os imunizantes combatentes da Poliomielite e Hepatite A, porém, os movimentos antivacinas percorrem em nossa sociedade, sendo essa uma prática até primitiva, fundamentadas por motivos filosóficos, religiosos, de ordem moral ou existencial ou por receio de reações adversas e efeitos colaterais, há ainda a chamada resistência parcial à imunização, na qual uma parcela da população seleciona as vacinas que se submeteriam à aplicação, prevalecendo algumas sobre outras, provocando dessa forma a queda nos índices de vacinação dos brasileiros, ocasião em que causa um alerta e preocupações à saúde pública do país.

Tal situação merece um olhar jurídico devido a presença de colisão entre os direitos fundamentais à saúde e o direito fundamental à liberdade individual. A obrigatoriedade de vacinação vai de encontro a liberdade individual de cada ser humano, e em sentido contrário, a recusa de vacinas acarreta em graves riscos à saúde da sociedade como um todo, ou seja, há um conflito de interesses individuais e coletivos.

Considerando ser uma abordagem na qual reflete diretamente na vida, tal como nos direitos de todos os brasileiros, o estudo abordado neste artigo torna-se importante para a sociedade, por demonstrar a relevância do debate e expansão de conhecimento sobre os direitos fundamentais inerentes aos seus cidadãos. Demonstra-se ainda a importância dessa pesquisa para o meio acadêmico pela ampliação da bibliografia nessa temática, bem como o estímulo a desenvolver mais estudos nessa seara.

O tipo de pesquisa escolhida para o desempenho dessa pesquisa foi a descritiva e bibliográfica, buscando apresentar como o assunto vem sendo assimilado pelos doutrinadores, estudiosos e acadêmicos, por meio de livros, artigos científicos, notícias, dentre outros.

Realizou-se uma pesquisa qualitativa e utilizou-se de fontes físicas e virtuais que tratem dos seguintes pontos: colisão de direitos fundamentais, vacinação obrigatória, liberdade individual e direito à saúde.

Desenvolveu-se uma abordagem dialética, pela exposição das teorias, informações e dados alcançados durante a pesquisa, formando convicção de como se encontram, e em melhor conformidade com os direitos fundamentais dos brasileiros.

Este artigo organizar-se-á nas seguintes definições: a) direito fundamental à liberdade individual x direito fundamental à saúde, trazendo uma perspectiva de sopesamento de bens jurídicos tutelados e métodos hermenêuticos de interpretação diante de colisões entre normas fundamentais; b) o dever fundamental da vacinação e o direito fundamental à saúde, abordando teorias de como a imunização das populações é uma medida sanitária eficaz para a efetivação desse direito fundamental; c) considerações finais sobre a pesquisa; d) bibliográfica utilizada para o desenvolvimento desse artigo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE INDIVIDUAL X DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Federal prevê expressamente em seu texto o direito à saúde, sendo esse considerado um direito fundamental, devendo o mesmo ser garantido, por meio de políticas públicas no intuído de o Estado dar efetividade ao texto constitucional, segue:

> Art. 6º São direitos sociais (…) a **saúde** (…) na forma desta Constituição. (grifo nosso)
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) apresenta o conceito de saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de enfermidade. Extrai-se dessa definição não só a ideia de tratar doenças,

mas também de preveni-las, objetivando sempre a proteção individual e coletiva de forma simultânea.

Vale a pena salientar que a materialização dos direitos sociais, especialmente o direito fundamental à saúde, está inteiramente subordinado a eficiência da elaboração de políticas públicas concomitantes pelos Poderes Executivo e Legislativo, respeitando cada um suas searas de competências e atribuições, de acordo com a previsão em nosso no ordenamento jurídico, por meio de prestações positivas que demandem a aplicabilidade de recursos financeiros públicos.

Desse modo, o Poder Executivo necessita estabelecer as metas, efetuar as escolhas e oficializar o devido planejamento, tendo como competência do Poder Legislativo a aprovação das normas orçamentárias na qual se dará o direcionamento dos gastos planejados pelo Poder Executivo.

Em se tratando de casos em que ocorram falhas ou negligências na execução ou efetivação de políticas públicas destinadas a assegurar o direito à saúde aos cidadãos, aquele indivíduo que se sentir violado, deve trazer sua demanda ao Poder Judiciário. Ocasiões que ocorrem não somente em relação a vacinas, mas também em fornecimento e medicamentos, realização de consultas, exames ou cirurgias, por exemplo. Caso o demandante tenha razão, o Poder Público poderá vir a ser acionado a implementar a política pública de saúde pretendida.

O Estado, por meio de políticas públicas e diligências sanitárias exerce seu dever de garantir a efetividade do direito à saúde, e uma dessas medidas tomadas é a vacinação de suas populações, o que vem sendo uma alternativa bem sucedida e segura quando se fala em prevenção de riscos de doenças. Quanto ao princípio da prevenção, constitucionalmente previsto como um dever Estatal, Santos (2020) aborda:

> Dito princípio é previsto expressamente no texto constitucional. Com efeito, o art. 196 da Constituição estabelece que o direito à saúde é 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", disposição essa reproduzida pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90. Reduzir o risco de doenças e outros agravos significa prevenir a sua ocorrência. Já a proteção da saúde é uma etapa anterior à sua recuperação, sendo ambas abrangidas pelo dispositivo legal em comento. A proteção implica justamente evitar a doença. (SANTOS, 2020)

Não é de hoje que a vacinação é algo que gera grandes repercussões em razão de suas polêmicas por resistência de uma certa parte da população a se submeter ao tratamento vacinal. Por volta de 1904, a Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro, foi marcante devido a rejeição da vacinação mesmo com registro de inúmeros casos e mortes ocasionadas pelo surto de varíola.

Há doutrinas que entendem que a Revolta da Vacina não foi um movimento antivacina propriamente dito, de pessoas que desacreditavam na eficácia dos imunizantes, mas sim um movimento contra atos de arbitrariedade cometidos pelo Governo na qual feriam de morte suas autonomias. Nesse sentido Jimenez Cantisano (2015, p. 299):

> Desenvolveu-se, então, entre a população do Rio de Janeiro, um sentimento "vacinophobico", baseado tanto em conhecimento científico médico-sanitário quanto em uma variedade de tradições culturais afrobrasileiras, contrárias à interferência médica indevida. Esta longa história de rejeição à vacina na cidade ajuda a explicar os acontecimentos de novembro de 1904. A autorização dada aos agentes do Estado para entrar nas residências cariocas e vacinar forçadamente a população desencadeou atos de violência (JIMENEZ CANTISANO, 2015, p. 299)

Mas partindo dessa premissa, mesmo que o Estado execute seu papel de garantidor da Constituição, promovendo meios de resguardar à saúde pública, como fica a liberdade individual de escolha de cada cidadão? Sobre a proteção de direitos tutelados, Dallari (2018, p.07):

> No terceiro milênio, é preciso considerar, contudo, que talvez essa sonhada autonomia dos sistemas sociais não seja mais possível no mundo absolutamente em rede. Parece restar apenas um caminho para que a humanidade preserve os direitos, conquistados sempre com muita luta: a extensão dos mecanismos democráticos, e das possibilidades de sua utilização, formalizados na engrenagem jurídica. Apenas o controle judicial dos processos democráticos de criação e implementação dos direitos pode ser capaz de assegurar alguma autonomia ao direito deste tempo. Essa talvez seja a nobre função do sistema jurídico no século XXI: garantir que o direito declarado seja plenamente realizado na vida das pessoas concretas. Este mundo complexo, totalmente interconectado, é o cenário do conflito entre os vários direitos formalmente declarados, cuja resolução implica tanto a preservação dos valores que os subsidiam quanto sua efetiva realização no caso concreto. (DALLARI, 2018, p. 07).

É inquestionável que a proteção à saúde é um direito fundamental dos indivíduos, porém, em tese, o Estado não poderia interferir na liberdade individual de seus cidadãos, baseando-se no princípio da intervenção mínima, ocorre que, é correto afirmar que quando se trada desse bem jurídico tutelado, há possibilidade de colisão entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental de liberdade individual. Nesse sentido Ferraz e Murrer (2020, p. 113):

> A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que assegura o direito fundamental à saúde como prerrogativa de todos, conforme já se mencionou, prevê também que sejam prerrogativas fundamentais os direitos da personalidade, a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento 6. Por conseguinte, diante de um caso de recusa ao tratamento vacinal, encontra-se caracterizado um conflito entre normas fundamentais (SCAFF, 2020). (FERRAZ; MURRER, 2020, p.113)

Tais possibilidades de colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer, não só em relação ao fato de imposição de imunização obrigatória, mas também, por exemplo, em situações de internações compulsivas para submissão de tratamentos. É sabido de que Robert

Alexy aprontou a teoria de Ronald Dworkin (2010, p. 39), quando se trata da diferenciação de regras e princípios, pois, segundo o jurista norte-americano, quando houver colisão de regras, há o "tudo ou nada", ou seja, a prevalência de uma regra sobre a outra:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2010, p. 39).

Visualiza-se então a impossibilidade de exercício do poder do Estado frente à tais ocasiões, partindo do raciocínio de que cada indivíduo trata do seu próprio corpo, estando amparados pelo artigo 5°, inciso X, e pelo artigo 1°, inciso III da Constituição Federal de 1988, na qual preveem, respectivamente, o direito a inviolabilidade da intimidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre a aplicação da norma jurídica, Dallari (2018, p. 8):

> O procedimento ganha, portanto, um lugar privilegiado. É preciso primeiramente interpretar o texto legal. Em seguida, é necessário esclarecer se tratasse de norma que traduz uma regra, a ser, portanto, totalmente realizada ou excluída do respectivo sistema jurídico ou se é o caso de um princípio. Finalmente, nesta hipótese, deve-se identificar, no caso concreto, qual princípio expresso naquela norma deverá prevalecer, sempre buscando a otimização de todos os princípios envolvidos no conflito. E todo esse procedimento deve ser claramente expresso – talvez se possa dizer mesmo didaticamente expresso – para possibilitar o controle judicial neste mundo complexo. (DALLARI, 2018, p. 8).

Desse modo, vislumbra-se o dever do Estado de garantir o direito à saúde de suas populações por meio de políticas públicas, indo de encontro ao direito do indivíduo de liberdade de escolha, também munido de legalidade constitucional. Diante de tal conflito de interesses entre normas constitucionais, Pereira (2018, p. 257) revela:

> A Constituição de 1988, como deveras outras Cartas, nada diz sobre a possibilidade de sopesar os bens por ela protegidos. Assim como outros métodos e princípios de interpretação constitucional, o recurso à ponderação de interesses não deflui de um comando constitucional expresso, estando vinculado a uma determinada forma de entender o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais e as relações entre a função judicial e a legislativa. É certo, também, que não há nada na ordem constitucional que aponte no sentido da impossibilidade de recorrer à ponderação. Ao contrário, a necessidade de sopesar bens é inferida do sistema sempre que as normas constitucionais entram em tensão, por incidirem sobre a mesma situação fática, para a qual estabelecem soluções diversas. Já não se discute que, na prática constitucional, há inúmeros casos nos quais a determinação da norma aplicável revela-se controvertida, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema. (PEREIRA, 2018, p. 257)

Marmelstein (2016, p. 15), citando o jurista alemão Robert Alexy, relata sobre esse instituto com clareza:

> Esse fenômeno – a colisão de direitos fundamentais – decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do "tudo ou nada", estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. Logo, não são absolutos, pois o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente, conforme assinalou o jurista alemão Robert Alexy. (MARMELSTEIN, 2016, p. 15).

Por meio de tal fato, entende-se que o Poder Público pode limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais. De um lado está o poder-dever estatal de garantir o direito à saúde de seus povos, protegendo tanto o âmbito individual como o âmbito coletivo, e do outro lado, temos o cidadão, constitucionalmente protegido por sua autonomia. Silva (2009, p. 165) aduz:

> O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e prima facie de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos. Ora, é justamente como alternativa ao sopesamento e à própria ideia de restrição a direitos fundamentais que os limites imanentes são concebidos. (SILVA, 2009, p 165).

Por haver legalidade em ambas as partes, os métodos hermenêuticos de aplicação das normas jurídicas devem ser empregados. Dando continuidade ao raciocínio de Pereira (2018, p. 260):

> De fato, mesmo nas hipóteses em que cabe aplicar o juízo ponderativo, o intérprete, antes de ponderar, deverá identificar, mediante um raciocínio subjuntivo, quais são as normas prima facie aplicáveis a situação em análise. E uma vez feita a ponderação e determinada a norma que deverá prevalecer na solução do caso, o processo hermenêutico é concluído com a construção de uma regra de solução do conflito que é aplicada mediante subsunção. Assim, a ponderação não configura uma alternativa excludente à subsunção, mas constitui uma etapa da interpretação destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável, mediante subsunção, ao caso concreto. O problema, portanto, consiste em saber qual iter interpretativo será empregado para determinar a premissa maior do raciocínio jurídico. (PEREIRA, 2018, p. 260)

Para compreender melhor esse instituto, no qual é um mecanismo da hermêutica utilizado para interpretação de norma jurídica, Pereira (2018, p. 260) traz seu conceito de ponderação, vejamos:

> A ponderação é uma técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que, nas últimas décadas, veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas. O vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada. (PEREIRA, 2018, p. 260)

Ao falar em colisão de princípios, Dworkin (2010 p. 42) preza pelo uso da ponderação. Isso porque, segundo ele, há aqui uma dimensão contida que as regras não possuem: a dimensão do peso ou importância, o que ensejaria a um sopesamento:

> Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2010, p. 42).

Ou seja, o uso da ponderação por meio do sopesamento dos bens jurídicos tutelados é o método hermenêutico a ser empregado diante da colisão de direitos fundamentais. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa (ALEXY, 2008, p. 163-164). Marmelstein (2016, p. 18) traz seu conceito de direitos fundamentais como:

> Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2016, p. 18).

Ao limitar um direito fundamental, deve-se questionar sobre a real necessidade dessa limitação. O Estado poderá intervir, caso haja fundamentação legal. Percebe-se que os conflitos de normas acontecem com frequência, delimitadas como antinomias, e ainda partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais não são absolutos. Dado esse fato, Pereira (2018, p. 264-265) relata:

> Já se tornou corriqueiro afirmar que os valores e opções políticas expressados nas Constituições atuais são variados e, muitas vezes, antagônicos, o que faz com que tenham uma tendência natural a colidir. (...) Por isso, o fenômeno dos conflitos normativos é algo bastante corriqueiro em nossa realidade jurídica. Além disso, como é trivialmente sabido, os direitos fundamentais, por sua própria estrutura, tendem a chocar-se entre si, e com outros objetivos de valor constitucional. (...) Os conflitos de direitos fundamentais são espécies de antinomias normativas. As antinomias são contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem consequências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando diante de um mesmo suposto fático, encontramos no ordenamento comandos em sentidos opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo. (PEREIRA, 2018, p. 264-265)

Quando estão em pauta dois direitos fundamentais onde cabe apenas a aplicabilidade de um deles, há entendimento no qual não haverá violação de um deles, mas sim que ambos teriam uma proteção parcial, como assim descreve Silva (2006, p. 34):

> (…) toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito

> fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção (SILVA, 2006, p. 34).

O direito a vida, entende-se pelo bem jurídico mais valioso, por ser a base de todos os demais direitos fundamentais. O direito à saúde está inteiramente conectado à vida, uma vez que um dos seus objetivos seguem pela preservação da integridade física e prevenção de riscos tanto individual como coletivamente. Dessa forma, é correto afirmar que tal direito não pode ser restringido em prejuízo à autonomia individual.

Resta claro que na balança em que está de um lado a liberdade individual e do outro a saúde, esta tem um peso maior sobre a outra. E diante dessa circunstância, a recusa de imunizantes pode ser considerado uma afronta tanto ao direito à saúde, como também ao direito à vida, uma vez que tal postura não causa prejuízos apenas aqueles que optam pela não imunização, mas também à coletividade, pelo risco de propagação de doenças, como acontece atualmente com o coronavírus.

Fala-se muito sobre o passaporte da vacina, em se tratando da vacina contra a Covid-19, se a sua exigência para adentrar em recintos, locais fechados, privados, coletivos, repartições públicas etc., feriria de morte o direito constitucional de liberdade individual, consequentemente o de ir e vir, depois de episódios de manifestações contra tal medida de obrigatoriedade de apresentação do passaporte, não só no Brasil como em muitos países da Europa.

Ocorre que, podemos observar que em momento algum foi tornado obrigatório a vacinação contra a Covid-19, porém, ao indivíduo que opte por não se submeter a imunização, perderá o privilégio de frequentar determinados locais no qual exijam a apresentação do comprovante da vacinação.

Episódios semelhantes a esse ocorreram no século XIX na Europa com o surto da varíola onde deu ensejo a vacinação que se tornou obrigatória e igualmente a Revolta da Vacina no Brasil, onde visualizou-se o Rio de Janeiro tornando-se palco de uma insurreição popular contra a interferência do Estado na vida privada.

No início do século XX a Suprema Corte Americana decidiu o caso Jacobson x Massachusetts, na qual, também pelo surto de varíola, o Estado de Massachusetts editou uma lei onde permitia que suas cidades decretassem a imunização compulsória, Jacobson recusou-

se e lhe foi arbitrado uma multa. Sobre os ensinamentos desse caso, podemos destacar o seguinte entendimento de Pereira (2018, p. 260):

> E aqui se introduz a indispensável apreciação judicial da efetiva realização democrática requerida em todo Estado Democrático de Direito. Com efeito, é evidente que a exigência da origem democrática do direito e de sua realização sob controle democrático vem se tornando universal. Isso significa que a inexistência de ampla participação popular (leiga e especializada), tanto no momento de fixação da norma que exprime o direito – e seu alcance – quanto na sua realização no caso concreto, dificultará enormemente o alcance de uma solução justa pelo sistema jurídico. Mas não só: a solução justa exige do sistema jurídico a apreciação dos diferentes direitos envolvidos na situação concreta e a ampla argumentação motivando a decisão em cada hipótese. (PEREIRA, 2018, p. 260)

A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que seus Estados, no exercício do poderiam, podem exigir vacinas quando entenderem necessário pela saúde de suas populações. Vale ressaltar que vacinação obrigatória não significa vacinação forçada, preceito reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal diante da pandemia da corona vírus iniciado em dezembro de 2019.

3 O DEVER FUNDAMENTAL DA VACINAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Vacinas são intervenções de cunho preventivo na qual demonstram significativos resultados positivos, ocasionando a diminuição de casos de mortalidade por doenças imunopreveníveis, sendo consideradas uma das maiores conquistas de cunho sanitário.

A obrigatoriedade de vacinação baseia-se na perspectiva de que o indivíduo vacinado protege a si próprio e ao outrem, além de que, a saúde é apenas um dos componentes da vida, que está inteiramente associada à dignidade da pessoa humana.

Com a pandemia vivenciada no Brasil desde março de 2020, e um pouco antes em outros países, podemos extrair diversos pontos negativos ocasionados pela não imunização. Por ser a Covid-19 uma doença viral infectocontagiosa, foi necessário a adoção de medidas restritivas como combate a tal doença, o que resultou em uma enorme crise econômica no país. Ou seja, diversos fatores podem ser atingidos diante da opção pela não vacinação, não só a saúde individual, como também na saúde de outrem, e também, como podemos visualizar, no âmbito social, econômico e laboral.

Nesse contexto, a partir da análise de textos e doutrinas, é possível absorver que, frente a tamanhos impactos negativos provocados pela opção de não vacinação, muitas teorias vão em

defesa de que tal medida sanitária deva ser compulsória, por garantir assim não só a proteção individual ou comunitária, mas sim da sociedade como um todo. Sobre alguns relatos, Dallari (2018, p. 8-9):

> É nesse cenário social, econômico e cultural, mas particularmente nesse ambiente jurídico, que deve ser examinada a obrigação de se vacinar ou de fazer vacinar seus filhos, exigência que vem se afirmando na contemporaneidade. Com efeito, na França, as crianças nascidas a partir de 1o de janeiro de 2018 deverão ser vacinadas contra 11 doenças infecciosas para poderem frequentar as creches ou escolas. O governo justifica a ampliação do número de vacinas obrigatórias (eram apenas três anteriormente) em nome da segurança, pois, com apenas 70% da população imunizada contra a meningite C ou 80% tendo recebido o reforço da vacina contra o sarampo, a caxumba e a rubéola, a proteção contra eventual surto de tais moléstias não está assegurada. Por outro lado, uma parte da população anda incomodada com a gestão incompetente das últimas crises sanitárias. (DALLARI, 2018, p. 8-9)

Teoricamente, embora existam normas na qual preveem a obrigatoriedade de imunização dos cidadãos, a recusa não gera condenações. Porém, há doutrinas nas quais adotam o posicionamento de penalidades. Sobre punições, Dallari (2018, p. 9-10):

> Tem-se, portanto, uma ampliação da obrigação vacinal, impondo inclusive pesadas restrições aos infratores (impossibilidade de frequentar as escolas ou de manter seu posto de trabalho, por exemplo). Essa ampliação é acompanhada, entretanto, de sérias dúvidas a respeito da segurança e da efetividade das vacinas (caso da vacina contra a hepatite B ou contra a febre amarela, na diluição hoje proposta no Brasil). (...) A obrigação vacinal não foge às referidas exigências: ampla participação popular; ampla argumentação processual, fundada na situação concreta, esclarecendo os limites do direito pedido; ampla argumentação processual esclarecendo os limites da regulamentação dos direitos incidentes na situação concreta – tudo isso levando a uma decisão processual motivada amplamente na ponderação dos direitos incidentes na situação concreta. Todas as partes envolvidas no processo judicial encontram-se, assim, igualmente obrigadas à ampla argumentação. E mais: todo o sistema sanitário encontra-se obrigado a promover a ampla participação popular (leiga e especializada) a respeito do alcance de cada um dos direitos envolvidos na obrigação de se vacinar. Essa é a única maneira de possibilitar que o sistema jurídico determine o justo equilíbrio entre liberdade e controle no caso da vacinação obrigatória no mundo complexo do século XXI. (DALLARI, 2018, p. 9-10)

Algumas sanções de cunho criminal são, por exemplo, por considerarem tratar-se de condutas contra a saúde pública, conforme prevê o Código Penal Brasileiro, o crime de epidemia, em seu artigo 267, culminando em pena de reclusão, podendo ser aplicada em dobro quando resultar em morte. Há também a previsão penal, no artigo 268 do mesmo diploma, a penalidade pela conduta de infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, prevendo penas de detenção, acrescidos de multa, podendo essa penalidade ser aumentada à um terço, e expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente também é uma conduta que prevê penalização de detenção, pelo disposto no artigo 132, também do Código Penal, vejamos:

> Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.
>
> Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.
>
> Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

A Constituição Federal prevê garantia mínimas fundamentais aos indivíduos e é certo dizer que a vacinação é uma medida estatal a fim de efetivar direitos de suas populações. Porém, percebe-se que ocorreu uma significativa diminuição nos índices de vacinação dos brasileiros nos últimos anos.

O reaparecimento de doenças que já se consideravam erradicadas no Brasil, por exemplo, o Sarampo, é uma das consequências da queda considerável desses índices. Tal resistência da população a submissão ao tratamento vacinal pode se dar por tanto por falta de informação, como por falta de acesso, ou por questões filosóficas e religiosas, como já mencionado, ou ainda por descrença nas medidas de prevenção.

A vacinação compulsória é um dever estatal para que o direito à saúde possa ser potencializado, considerada ser um reflexo do direito fundamental. Além da vacinação, outros deveres derivados do direito à saúde podem acarretar em diversas outras medidas públicas de efetivação, por exemplo, fornecimento de medicamentos essenciais pelo Poder Público. Tal alegação traz um cenário de solidariedade, na perspectiva de que toda a sociedade, não somente o Estado, também é responsável pela efetividade e proteção desse direito, possuindo os particulares esse dever implícito. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 07) demonstram com mais clareza:

> Nesse contexto, pode-se observar que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, a depender do seu objeto, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependentes da superveniência de legislação infraconstitucional reguladora, cuja hipótese mais eloqüente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária (nos campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.). Ademais, se os exemplos demonstram que o principal destinatário dos deveres fundamentais é certamente o Estado, fato reiterado pelas expressões usadas no texto constitucional, isso não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas. Neste sentido, aliás, cumpre destacar que a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no

> sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um16, no âmbito daquilo que Canotilho denomina de uma responsabilidade compartilhada (shared responsability), cujos efeitos se projetam no presente e sobre as futuras gerações18 19, como já reconhecido na seara do direito ambiental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 07).

Deveres estatais de garantia à saúde derivam de muitas formas. O Estado tem o dever de fornecer saúde às suas populações. Como já mencionado, os direitos fundamentais não podem ser violados, porém, os mesmos não são absolutos, cabendo à Administração Pública intervir quando necessário para a concretização de um direito, sempre munido de fundamentação legal, justificado assim a exigência da obrigatoriedade de imunização. Sobre esse relato, Dallari (2018, p. 10):

> (…) é preciso compreender o que é protegido pelas referidas leis [que instituem a vacinação obrigatória]. E a resposta é complexa, pois, ao mesmo tempo em que se almeja proteger a saúde de cada pessoa que receberá a vacina, visa-se a proteger a coletividade com a expressiva diminuição dos agentes causadores das moléstias evitáveis pela vacina. Tem-se, então, caracterizada a proteção ao direito fundamental à saúde, não só individual como também coletiva. Quanto às possíveis restrições postas à implementação do direito à saúde, podem-se enumerar o direito à liberdade individual, que assegura a escolha de não se submeter aos riscos de efeitos adversos da vacina ou o direito à educação, ou ainda, o direito à liberdade profissional. Isso sem esquecer a inclusão do processo de produção e comercialização de medicamentos e vacinas no sistema capitalista, que implica a auferição de lucro. No caso brasileiro, todos esses direitos fundamentais encontram abrigo expresso no texto constitucional. E não se diga que o Estado não está obrigado a intervir, regulando ou regulamentando as situações concretas para a realização de cada um dos direitos declarados. Bem ao contrário, ele está amplamente obrigado à proteção de cada um desses direitos fundamentais. Espera-se, portanto, que o sistema judicial fundamente, argumentando amplamente a partir da consideração da situação concreta, a opção pela proteção adotada. (DALLARI, 2018, p. 10).

A intervenção estatal, como ocorre em imposição obrigatória de imunização torna-se assim justificável e legalmente válida, sendo essa prática necessária para a garantia do direito constitucional à saúde, tanto individual como coletiva, sempre prezando pela ponderação de direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

O Estado possui o poder-dever de garantir a saúde aos seus povos, e esta dispõe do direito de recebe-la, por meio de prestações de serviços qualificados e aptos a suprirem todas as necessidades mínimas para uma vida digna em sociedade. Tais políticas podem possuir o cunho de remediar ou prevenir moléstias, destacando a vacinação como um eficaz mecanismo de proteção.

Aquele que se submete ao tratamento vacinal protege a si próprio e a sua comunidade, visto que a imunização erradia doenças pela diminuição de transmissão e contágio. Ressalta-se que a postura antivacinação ocorre muitas vezes pela descrença no imunizante e por ir de encontro a liberdade do indivíduo. Em razão de tal fato, a recusa à vacinação culmina em drásticas consequências de caráter sanitário, social e econômico, por ter como consequência milhares de vidas ceifadas.

O dilema entre a compulsoriedade de vacinas e o ferimento de liberdades individuais dá ensejo ao sopesamento de bens jurídicos tutelados em razão colisão, devendo fazer o uso dos meios ponderativos a fim de verificar qual se sobrepõe ao outro.

Pode-se perceber, desse modo, a complexidade da teoria dos deveres fundamentais. A natureza desses deveres, por si só, apresenta limitações e restrições à concretização dos direitos, sobretudo das liberdades. É possível assegurar que, para a efetivação de um direito de um indivíduo, nesse caso trata-se do direito à saúde, carece da limitação do direito do outro, qual seja, a liberdade individual.

Não obstante, é indiscutível a vacinação, embora enfoque apenas a individualidade, seus impactos reflitam diretamente na coletividade, frente ao raciocínio de que uma população imunizada se torna protegida de enfermidades, podendo ser considerada uma população, a princípio, saudável. Contrastando, uma população que rejeita vacinação está vulnerável à contágio de doenças, ocasionando uma epidemia, ou, até mesmo, uma pandemia, como é o caso da Covid-19.

O cumprimento de tal dever fundamental estatal bem como a essa limitação são cruciais para que ocorra a devida efetivação do direito à saúde, com a adoção de medidas cautelares previnam doenças e que reflitam de forma positiva nas demais searas. Há de se considerar a vacinação compulsória uma medida preventiva eficaz, dado a queda de índices de vacinação. Daí, analisa-se o quanto o âmbito particular pode interferir na coletividade.

Considerando que nenhum direito fundamental é absoluto, pode-se concluir que o direito à liberdade individual não pode se sobrepor ao direito à saúde de outrem. A escolha individual de não se submeter ao imunizante acarreta em consequências que impactam a sociedade como um todo. Dito isso, é correto afirmar a proteção à saúde engloba tanto o enredo de direitos do indivíduo quanto da coletividade, o que o Estado tem o dever de garantir, provendo políticas pública de prevenção e combate de doenças.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 27 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O eterno conflito entre liberdade e controle: o caso da vacinação obrigatória. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 7-16, nov. 2017/fev. 2018. Disponível em: https://bit.ly/310K6fm. Acesso em: 26 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Débora Louíse Silva; MURRER, Carlos Augusto Motta. Saúde Pública: A liberdade individual e a compulsoriedade da vacinação. **Revista Científica UNIFAGOC**, v 1, Ubá, 2020. Disponível em: https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/837/623. Acesso em: 25 jun. 2021.

JIMENEZ CANTISANO, Pedro. Lares, Tribunais e Ruas: a Inviolabilidade de Domicílio e a Revolta da Vacina. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 294-325, 2015. Disponível em: https://bit.ly/30YJxCO. Acesso em: 26 jun. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ORGANICAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em 26 jun. 2021

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira**. Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2018.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Precaução e prevenção no direito à saúde:** âmbitos de incidência e sua aplicação pelo STF. Direito Hoje, Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, 03 set. 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2104. Acesso em: 26 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado 4**, [*s. l.*], p. 23-51, 2006. Disponível em: https://bit.ly/2PVplLV. Acesso em: 27 jun. 2021.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros. 2009