

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Heron José de Santana Gordilho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-432-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Direitos dos animais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” aconteceu de 11 a 13 de novembro de 2021 e, como tradicionalmente vem ocorrendo, consolida o Biodireito e o Direito dos Animais como um GT de apresentações de trabalhos que congrega áreas de ampla produção acadêmica entre programas dos mais diversos, situados em diferentes partes do Brasil.

Portanto, a obra que ora apresentamos, reúne os artigos selecionados pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento, destacando que o encontro reuniu pesquisadores de todo o país, demonstrando a qualidade da pesquisa realizada nos Programas de Pós Graduação das diversas universidades brasileiras.

O grande interesse demonstrado pelos pesquisadores em estudar temas dessas áreas encontrou, neste Grupo de Trabalho, uma enorme receptividade e oportunidade de discussão, contribuindo para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

O biodireito e sua interlocução direta com e na sociedade contemporânea – especialmente em tempos pandêmicos, bem como as transformações constantes que envolvem o direito dos animais, possibilitaram vislumbrar “outros olhares” e novas transformações para a sociedade – e são justamente estas novas possibilidades que constituem o campo da ciência, da pesquisa científica e, por fim, as novas perspectivas jurídicas.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Novembro de 2021 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE TOLERÂNCIA, RESPONSABILIDADE E CAUTELA
NA LEI 13.979/20. O TRATAMENTO E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIOS EM
TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA**

**CONSIDERATIONS ON TOLERANCE, RESPONSIBILITY AND CAUTION IN
LAW 13.979/20. TREATMENT AND VACCINATION COMPULSORY IN TIMES OF
HEALTH CRISIS**

Eduardo Botão Pelella ¹

Resumo

O artigo aborda a aplicação das medidas excepcionais previstas na Lei 13.979/20 para enfrentamento da COVID-19 especialmente em relação ao tratamento e vacinação compulsórias à luz dos princípios da tolerância, responsabilidade, prevenção e precaução. Analisam-se as decisões do STF no ARE 1267879 e ADIs 6586 e 6587 e possibilidade de incremento da proteção pela inserção de novos preceitos sancionatórios de caráter temporário ou extraordinário.

Palavras-chave: Biodireito, Pandemia, Prevenção e precaução, Vacinação compulsória

Abstract/Resumen/Résumé

The article addresses the application of exceptional measures provided for in Law 13,979/20 to face COVID-19 especially in relation to compulsory treatment and vaccination and the principles of tolerance, responsibility, prevention and precaution. The STF decisions in ARE 1267879 and ADIs 6586 and 6587 are analyzed and also the possibility of increasing enforcement by creation of new sanctioning precepts of a temporary or extraordinary nature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Biolaw, Pandemic, Prevention and precaution, Compulsory vaccination

¹ Especialista em Direito. Mestrando em Direito pela UNINOVE.

1. Introdução.

O presente trabalho discutirá a aplicação de medidas de conteúdo excepcional previstas na Lei 13.979/20 cujo objetivo é declaradamente dispor *sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*, especialmente as previsões contidas no seu art. 3º, incisos III e VIII., quanto à previsão de vacinação obrigatória e/ou tratamentos profiláticos e a autorização *excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus*.

O objetivo é demonstrar a viabilidade e, sobretudo, a *necessidade* de imposição de medidas restritivas de direitos em face da intensidade das consequências sociais negativas oriundas da disseminação da epidemia em todo o território nacional e a aceleração de procedimentos de caráter administrativo tendentes a autorizar a tomada de providências de caráter sanitário, especialmente a imunização em massa..

Tal responsabilidade do Estado brasileiro se dá tanto para com os seus cidadãos quanto relativamente à sua inserção na ordem internacional em razão do quadro de pandemia decretado pela OMS¹ em 11.03.2020.

A questão será analisada sob a ótica do *biodireito*, entendido aqui em sentido amplo, como o complexo de princípios e regras que regem as interações do homem com a natureza e suas decorrências ambientais, sanitárias e bioéticas. E o marco teórico toma de empréstimo as considerações básicas de KAUFMANN sobre os princípios da *tolerância* e da *responsabilidade* como fundamentos..

Entende-se adequada a abordagem teórica ao tema proposto uma vez que tais conceitos permitem a verificação do que na prática, segundo o estágio do conhecimento científico e à luz das responsabilidades do governantes, deve ser oferecido aos cidadãos e o comportamento correlato a ser exigido, sem a necessidade do recurso meramente retórico a princípios demasiadamente abertos e funcionalmente problemáticos como notadamente ocorre com a indiscriminada invocação da dignidade humana.

¹ Cujo anúncio oficial se deu em 11.03.2020. Disponível em <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 19.12.2020.

O trabalho é estruturado em quatro partes. A primeira tratará dos fundamentos teóricos adotados. A segunda elenca os questionamentos levantados a partir da análise do tratamento e vacinação compulsória e suas possíveis abordagens. Na terceira parte serão analisadas as respostas oferecidas pelo ordenamento brasileiro e no direito comparado especialmente quanto à compulsoriedade da vacinação com ênfase na decisão do STF no julgamento conjunto do ARE 1267879 e das ADIs. 6586 e 6587. A quarta parte, por fim, traz algumas considerações sobre o perfil de responsabilização individual decorrente da legislação de crise da pandemia e sua potencial insuficiência prática.

2. Sociedade de Risco. Tolerância e Responsabilidade. Prevenção e Precaução.

2.1 *Dizer que vivemos numa sociedade de riscos tornou-se um lugar comum* (KAUFMANN, 2007, p. 453). O risco não é apenas um evento, particular, futuro e incerto, que pode influenciar de modo positivo ou negativo a obtenção de determinados resultados. O risco, na sociedade moderna e plural, é um companheiro de caminhada: está sempre no horizonte e segundo ele nos movimentamos e orientamos. É, portanto, extraindo-se da lição de BECK (1998), algo interno e inerente à sociedade e comportar-se de forma a não negá-lo ou excluí-lo, mas agir segundo sua influência, não é só um ato de responsabilidade mas uma vantagem estratégica.

A compreensão de risco é frequentemente confundida com a noção corrente de perigo. Não estamos em maior ou menor perigo do que já estivemos em outros momentos da história da humanidade. A humanidade esteve sempre sujeita a perigo, seja por eventos naturais ou causados por suas próprias ações. Mas o risco, que está necessariamente ligado ao conceito de antecipação, é agora percebido e é ubíquo. O risco, assim, nada mais é do que a percepção antecipada de um potencial perigo. Antecipar um risco significa colocar em perspectiva um potencial perigo. A antecipação do desastre coloca em cheque as mais indestrutíveis certezas, mas oferece a possibilidade de produzir mudanças significativas (BECK, 1998).

O risco está portanto internalizado na própria sociedade. A antecipação do risco por atitude pessoal é inócua. O seu conceito é necessariamente social e produz uma *comunidade de destinos* (BECK, 1998) independentemente de cultura, fronteiras e religião.

Sob essa perspectiva, a sociedade necessita cultivar o que se pode chamar de cultura da incerteza, que se opõe à noção de segurança total e de risco meramente residual (BECK, 1998). A aspiração à segurança total se opõe às inovações, que são intrinsecamente arriscadas,

e a noção de risco residual faz crer que os perigos *antecipados* pelo agir racional são responsabilidade alheia. Na cultura da incerteza prevalece o diálogo franco e plural acerca dos riscos inerentes à atividade humana e a admissão da vontade básica de orientação do agir geral de modo responsável e livre.

2.2 Sendo assim, *[n]as sociedades pluralistas de risco do nosso tempo, o homem é chamado a intervir ativamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determina se o seu agir é correto. Ou seja: o seu comportamento implica um risco* (KAUFMANN, 2007, p. 454). Estará assim sempre submetido a um dilema entre o agir arriscado e o imobilismo falsamente seguro. Entre um e outro é preciso estabelecer uma ponte decisional criteriosamente escrutinável que não impeça o agir mas imponha a *reflexão* acerca desse mesmo agir. A legitimação da ação se dá não *a priori* por regras já postas, mas pelo seu processo de construção.

Nesse contexto, KAUFMANN (2007, pp. 466/467 e 468) apoiado no ponto especialmente nas lições de LUHMANN² e JONAS³, aponta que:

Dois princípios desempenham no quadro do presente tema um papel de realce: o princípio da tolerância e o princípio da responsabilidade. O significado do princípio da tolerância torna-se claro a partir das considerações seguintes. Muitas situações decisórias no âmbito da biotecnologia têm implicado um conflito não resolúvel de forma racional; Qualquer que seja a decisão tomada, pode trazer consigo competências negativas. Não é só a decisão favorável a uma experiência genético-tecnológica para obtenção de um medicamento contra o cancro que é arriscada: a decisão contrária também o é, pois comporta o risco de se perder uma possibilidade de cura dessa doença. Decisivo aqui é o fato de a ética e o direito não oferecerem quaisquer normas consensuais, a partir das quais se possa deduzir com exatidão suficiente, qual a decisão que é correta em tais situações. Ora, se a ética e o direito não estão em condições de fornecer critérios racionais de decisão para tais casos de conflito, então tem que ser tolerada a decisão tomada, qualquer que seja ela. (...) A atitude de estar, por princípio, aberto ao outro e à novidade e, assim, também a investigação no desconhecido, chama-se tolerância. A tolerância possibilita o agir responsável. Possibilita também o agir irresponsável. Assim, o princípio da tolerância tem que ser complementado pelo princípio da responsabilidade. Na biotecnologia e sobretudo na tecnologia genética, isto assume um especial significado, pois aqui os efeitos danosos, incluindo-se o de maior dimensão, muitas vezes não são previsíveis ou domináveis. Por isso a máxima da cautela é aqui um mandamento da razão.

² *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Stuttgart: Lucius und Lucius, 2000b.

³ *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979.

2.3 Da conjugação da *tolerância* e da *responsabilidade* desponta a *máxima da cautela*, que foi sucessivamente traduzida em termos jurídicos na forma de princípios que pressupõem a internalização do risco no processo decisional. São eles o princípio da prevenção e o da precaução. Segundo SANTOS (2020).

É nesse cenário que vêm à tona os deveres de prevenção e precaução, que, ao ingressarem no ordenamento jurídico, ganham força de verdadeiros princípios que servem como mecanismos para contrabalançar e afastar, na medida do possível e do desejável, os riscos inerentes ao desenvolvimento de tecnologias e os gravames deles decorrentes à saúde pública. Partindo do pressuposto de que o progresso tecnológico é indissociável da evolução da sociedade, a prevenção dos danos dele resultantes e a precaução contra as incertezas dos riscos gerados objetivam assegurar que o aprimoramento das tecnologias existentes e o surgimento de novas revertam apenas para o bem da sociedade, sem lesar a saúde dos indivíduos que a compõem.

A diferença entre prevenção e precaução, em rápida e arriscada aproximação, reside no fato de que, enquanto o primeiro pretende evitar o dano, tendo em conta a certeza de sua verificação se praticada tal conduta, o segundo opera como forma de verificação dos riscos e internalização destes, ausente a certeza de dano se praticado determinado ato. Diz-se comumente que a prevenção é máxima de gestão de danos e a precaução, de gestão de riscos.

3. A pandemia. As medidas previstas na Lei 13.979/20 e seus fundamentos de ordem preventiva e precaucional.

3.1 No momento em que o presente trabalho é escrito, o mundo passa por uma das maiores crises sanitárias da sua história e, ao leitor contemporâneo soaria despiciendo caracterizá-la. Mas registre-se que a pandemia declarada em relação da irrupção da patologia respiratória denominada COVID-19⁴, ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2⁵ provocou no curso do ano de 2020 um esforço mundial sem precedentes. Foram decretadas medidas restritivas de direitos fundamentais nunca antes percebidas fora do direito bélico em praticamente todos os Estados⁶ e os impactos econômicos, sociais e políticos que ainda deverão ser objeto de profunda análise nos próximos anos. A gravidade do momento foi bem caracterizada já na

⁴ *Corona Virus Disease*. A referência ao número 19 remete ao ano de identificação dos primeiros casos em Wuhan, província de Hubei, China.

⁵ Segundo a *International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV)*. Conferir em <https://talk.ictvonline.org/>. Acesso em 19.12.2020.

⁶ Uma exceção digna de nota é o caso da Suécia que optou por estratégia diversa. Contudo, também digna de nota é o reconhecimento do Rei Carl XVI Gustaf que a estratégia do país em relação à pandemia falhou: <https://www.bbc.com/news/world-europe-55347021>. Acesso em 19.12.2020.

declaração inicial da Organização Mundial de Saúde. *[p]andemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death*⁷.

3.2 No Brasil, os esforços de combate à pandemia nas ações e na política do Estado podem ser classificadas como erráticas. Apesar da edição da Lei 13.979/20 na sua primeira versão ainda antes da declaração formal da pandemia pela OMS, houve desavenças severas entre a posição do presidente da República⁸, defensor da prática de medidas bem menos restritivas que as efetivamente adotadas e, especialmente os governadores de Estado. Isso provocou uma disputa para além da necessidade de decretação das medidas restritivas em si. O STF acabou sendo chamado a mediar conflitos federativos em matéria de competência material e legislativa¹⁰ o que gerou uma densa jurisprudência *de crise*. A Corte decidiu sobre importação e fornecimento de respiradores por Estado da federação¹¹, requisição de hospital particular desativado para tratamento da Covid-19¹², manutenção da *capacidade de pagamento* de Estado da federação para que pudesse fazer frente às despesas decorrentes da emergência sanitária e outras questões relativas a dívidas públicas¹³, vedação ao ingresso de voos internacionais em território brasileiro, prevista na Portaria Interministerial 19, de 26 de

⁷ Trecho do pronunciamento do Diretor-Geral da Organização Mundial de Saúde, Tedros Adhanom, em 11.03.2020.

⁸ V. p. ex. o pronunciamento oficial do presidente da República em cadeia de rádio e televisão em 24.03.2020, disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/24/leia-o-pronunciamento-do-presidente-jair-bolsonaro-na-integra.htm>.

⁹ Exemplo eloquente da afirmação é observado no âmbito da ADPF 668.

¹⁰ Para maiores informações v. *painel de ações do STF* acerca da jurisprudência da COVID-19 acessível em <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em 19.12.2020.

¹¹ ACO 3385/MA, rel. Min. Celso de Mello e na ACO [ACO 3393/MT, rel. Min. Roberto Barroso](#)

¹² O Município de Bom Jesus do Galho/MG requisitou um hospital privado desativado para tratamento de portadores da Covid-19, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020, que prevê tal forma de requisição. Para mais detalhes: Santos, 2020.

¹³ ACO 3400 MC/RO, rel. Min. Alexandre de Moraes (Decisão de 23/07/2020, publicada no DJe 185 de 24/07/2020) Obs: em decisão datada de 13 de agosto de 2020, o min. relator homologou a desistência da ação sem julgamento do mérito. ACO 3431 MC/AP, rel. Min. Alexandre de Moraes (Decisão de 29/09/2020, publicada no DJe em 01/10/2020) ACO 3262-GO, rel. Min. Gilmar Mendes (Decisão de 20/10/2020, publicada no DJe em 22/10/2020)

agosto de 2020¹⁴, matéria eleitoral¹⁵, trabalhista¹⁶, proteção de dados¹⁷ dentre outros temas. Mas a questão que mais tensão trouxe ao ambiente político foi a da repartição de competências federativas, especialmente quanto à competência dos entes parciais para adotar medidas restritivas de natureza preventiva ou precaucional. Nesse contexto, as decisões do STF conformaram a natureza *comum* das competências decisórias e a característica cooperativa do federalismo brasileiro. Em resumo, proclamou o STF o modo pelo qual deve ser entendida a comunhão das competências em matéria sanitária global, a partir da leitura sistemática da lei 13.979/20 e sua inserção no já tradicional *sistema sanitário preventivo* previsto a partir do arts. 196 e 198, I da CF, passando pelas disposições da Lei 8.080/90 e demais regras que tratam da matéria. Assim, na ADI 6341, Rel. para o acórdão MIN. Edson Fachin o STF decidiu:

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando

¹⁴ ACO 3425 MC/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 17/09/2020, publicada no DJe em 18/09/2020

¹⁵ ADI 6359/DF, rel. Min. Rosa Weber. Decisão (Liminar Referendada): "(...) O Tribunal, por maioria, referendou integralmente a decisão da Ministra Rosa Weber (Relatora) (...)" (Decisão de 14/05/2020, publicada no DJe em 02/06/2020)

¹⁶ ADI 6342/DF, rel. Min. Marco Aurélio (Decisões no mesmo sentido: ADI 6344/DF, 6346/DF, 6348/DF, 6349/DF, 6352/DF e 6354/DF) Decisão de 29/04/2020, publicada no DJe em 07/05/2020. ADI 6363/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski "O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a (...)".(Decisão de 17/04/2020, publicada no DJe em 07/05/2020).

¹⁷ ADI 6387/DF, rel. Min. Rosa Weber (Decisões no mesmo sentido: ADI 6388/DF, 6389/DF e 6390/DF) Decisão (Liminar Referendada): "O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida (...)" (Decisão de 07/05/2020, publicada no DJe em 02/06/2020).

único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.¹⁸

E na ADPF 672, Rel. Ministro Alexandre de Moraes¹⁹:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1o, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição

¹⁸ Íntegra em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em 19.12.2020.

¹⁹ Íntegra em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 19.12.2020.

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). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, 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, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente” (grifei).

3.3 Mas as medidas adotadas na prática, e não só no Brasil, ultrapassam as tradicionais atuações de caráter somente preventivo em matéria sanitária. Se bem que absolutamente necessárias, no caso da pandemia mostraram-se absolutamente insuficientes. Analisando o caso italiano, país ocidental que primeiro sentiu os graves efeitos da disseminação da COVID-19, CIACCI (2020) observa que:

In assenza di presidi terapeutici convalidati e certi, il governo italiano e gli enti locali hanno optato per un approccio all'emergenza di tipo precauzionale, principalmente inibendo agli individui (a prescindere dal loro stato di salute) la possibilità di allontanarsi dai propri luoghi di dimora (se non per casi eccezionali, tassativamente previsti nei decreti adottati), vietando gli assembramenti, precludendo l'ingresso e l'uscita da determinati territori, prescrivendo l'utilizzo di idonei presidi sanitari. È noto come, a partire dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2020, le misure in un primo momento operanti limitatamente in circoscritte zone della penisola siano state, successivamente, estese a tutto il territorio nazionale, interessando anche comuni e regioni che fino ad allora non avevano registrato casi di positività al COVID-19. La vigorosa politica cautelativa adottata dal governo, centrale e locale, è conseguenza della mancanza di esaustiva letteratura scientifica in merito al SARS-CoV-2; l'opportunità di intervenire, “sospendendo” talune libertà costituzionalmente garantite per salvaguardare il bene primario della salute pubblica nonché la tenuta del sistema sanitario nazionale, è suggerita dal principio di precauzione.

E prossegue, após discorrer sobre as origens do princípio da precaução e sua assimilação originária a partir do direito ambiental - reportando-se logicamente a BECK e JONAS - observando que a regra precaucional encontra seu fundamento no agir racional no âmbito da incerteza científica. A partir do direito ambiental, o princípio da precaução tornou-se um verdadeiro princípio geral com margem operativa que se espraia para todos os ramos do direito, especialmente no âmbito do consumidor e sanitário. *Il principio di precauzione giustifica un'eccezionale anticipazione della soglia di intervento dello Stato e della Pubblica Amministrazione per la tutela di determinati beni di importanza primaria (quali l'ambiente e salute umana), sacrificando altri interessi pur meritevoli di tutela – si pensi ai diritti di proprietà o di iniziativa economica privata – nonostante l'assenza di evidenze circa l'effettiva sussistenza di rischi* (CIACCI, 2020). No mesmo sentido quanto à extensão do princípio da precaução para além das fronteiras do direito ambiental, o Tribunal Europeu de Primeiro Grau no caso *Artogodan* em decisão mantida pelo Tribunal de Justiça²⁰ comunitário.

O princípio assim pode ser tratado como instrumento de *gestão de riscos*, expressão corrente na doutrina e adotada na decisão do STF no RE 627.189/SP, correspondente ao TEMA 479 de repercussão geral, Rel. Ministro Dias Toffoli²¹.

No caso da pandemia, não há dúvida que as incertezas científicas acerca das formas de propagação da patologia, suas consequências na saúde humana e suas implicações econômicas justificam a tomada de medidas de cunho restritivo desde que proporcionais, não discriminatórias e transparentes *all'esito di una procedura strutturata di adozione delle decisioni condotta sulla base di informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico*. (CIACCI, 2020)²².

As medidas concretamente previstas pela lei 13.979/20 estão enunciadas no seu art. 3º, variam quanto ao grau de invasividade e devem ser aplicadas *com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas*

²⁰ Íntegra disponível em português em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0221&from=PT> acessada em 19.12.2020.

²¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3919438&numeroProcesso=627189&classeProcesso=RE&numeroTema=479>. Acesso em 19.12.2020.

²² Para uma análise da jurisprudência europeia acerca da matéria, v. Caso *Schaible*. Decisão disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0101&from=IT>. Acessado em 19.12.2020.

*no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública*²³ sendo assegurados aos cidadãos atingidos *o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento, o direito de receberem tratamento gratuito, o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas*²⁴.

4. O tratamento e a vacinação compulsórios. Considerações gerais e apontamentos de direito comparado. A decisão do STF nas ADIs 6586 e 6587 e no ARE 1267879²⁵.

4.1 Dentre as medidas previstas no elenco do art. 3º da Lei 13.979/20 estão a submissão compulsória à vacinação e a tratamentos profiláticos específicos. Tais temas sempre despertaram a atenção do direito devido à potencial oposição entre as liberdades individuais e os preceitos de autodeterminação e as exigência de prevenção sanitária e, especialmente, as implicações quanto à manutenção da incolumidade física dos cidadãos.

O princípio básico que informa toda a questão é o do *consentimento informado*, ou seja, o direito que todos têm de decidir sobre seu próprio tratamento médico após ter sido consistentemente informado sobre seu risco, potenciais benefícios e alternativas razoáveis (COLEMAN, 2020. P. 171). Baseia-se na garantia da integridade corpórea e na autonomia da vontade. Daí decorre que *[t]he right to refuse medical treatment is “the logical corollary” of the informed consent doctrine: if there were no right to refuse proposed treatments, the process of soliciting consent would be a hollow charade* (COLEMAN, 2020, P.172).

O direito de negar-se à submissão ao tratamento foi acolhido pelo art. 15 do CC atualmente em vigor, se bem que na sua redação restritamente quanto aos tratamentos com potenciais risco de vida.

4.2 No direito internacional são diversos os instrumentos que garantem o direito ao consentimento informado. COLEMAN (2020) elenca de forma não exaustiva:

These principles include the right to security of the person (International Covenant on Civil and Political Rights 1976), the right not to be subjected to torture or to inhuman

²³ § 1º do art. 3º.

²⁴ § 2º do art. 3º.

²⁵ O presente tópico contém aproximações precárias ao julgamento do STF ocorrido nas sessões dos dias 16 e 17.12. tendo em vista que o tema inicialmente escolhido para o trabalho tinha alguma interconexão com o que foi julgado. Os votos proferidos naquela assentada não estão ainda disponíveis senão os dos relatores, Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso em versões sujeitas a correções.

or degrading treatment (International Covenant on Civil and Political Rights 1976; European Convention on Human Rights 2010), and the right to health (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1976). The United Nations Committee on Economic, Social, and Cultural Rights has specifically recognized that the right to health includes the “right to be free from ... non-consensual treatment” (United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights 2000).

A jurisprudência nacional, contudo, tem sido vacilante em reconhecer a amplitude de tal preceito. O caso mais evidente é o versado na ADPF 618 e no RE 1.212.272, com repercussão geral afirmada, que tratam da recusa ao recebimento de transfusão pelas Testemunhas de Jeová²⁶.

Segundo COLEMAN (2020, p. 172) os tribunais americanos também oscilam acerca da possibilidade de negativa do paciente ainda que seja irracional e *unwise* e o balanceamento de outros valores *against the state’s interests in the preservation of life, the prevention of suicide, and “the maintenance of the ethical integrity of the medical profession”*.

De todo modo, há limites claros à negativa. Primeiramente, o paciente deve ser plenamente capaz de entender os riscos e benefícios do tratamento. Da mesma forma, a ausência de tratamento não deve causar dano a terceiro nem à coletividade. COLEMAN (2020, p. 173) afirma que *[c]ourts have interpreted the danger-to-others rationale particularly broadly in the context of prisoners. For example, some courts have authorized the forcible feeding of prison inmates on hunger strikes on the theory that a hunger strike can threaten “institutional order and security” (Matter of Bezio v. Dorsey 2013)*. Por fim, internacionalmente tem se entendido que é possível algum tipo de intervenção médica quando em causa uma investigação ou julgamento criminal. Mais uma vez COLEMAN aponta que:

[C]ourts in the United States have authorized the government to administer medications to render mentally ill criminal defendants competent to stand trial, citing the governmental interest “in bringing to trial an individual accused of a serious crime.” However, the forcible medication of criminal defendants is permissible only “if the treatment is medically appropriate, is substantially unlikely to have side effects that may undermine the trial’s fairness, and, taking account of less intrusive alternatives, is necessary significantly to further important governmental trial-related interests” (Sell v. United States 2003).

A questão se agrava relativamente aos casos de tratamento de doenças infecciosas. Estes casos são normalmente apontados como exceções à normalmente necessária adesão

²⁶ V. <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6974138>

formal e voluntária ao tratamento. As soluções são extremamente problemáticas e normalmente variam da obrigatoriedade de imposição ao tratamento ao isolamento da pessoa recalcitrante. O exemplo mais eloquente é o da submissão compulsória ao tratamento contra a tuberculose²⁷. Segundo COLEMAN:

Canadian courts have upheld orders requiring patients with TB to submit to mandatory detention and treatment (Ries 2007), relying on provincial legislation authorizing the board of health to issue orders requiring the “care and treatment” of persons with “virulent” communicable diseases (Ontario Health Protection and Promotion Act § 22(4)(g); Silva 2011). The state of Alabama also has a law authorizing the “compulsory treatment and quarantine” of TB patients, but with an unusual exception: Confined patients are permitted to refuse treatment if they “desire treatment by prayer or spiritual means” (Ala. Code § 22-11A-10). The Alabama law does not permit patients to refuse treatment for reasons unrelated to religion. In contrast, laws in some jurisdictions provide that patients with infectious diseases can be subject to mandatory detention but not forcible treatment. For example, the state of Minnesota authorizes the involuntary isolation of persons with diseases “that can be transmitted person to person and for which isolation or quarantine is an effective control strategy,” but it specifically provides that isolated patients have “a fundamental right to refuse medical treatment” (Minn. Statutes 144.419). Similarly, Israeli law permits the involuntary isolation of persons with TB or other serious infectious diseases, but isolated patients may not be forced to undergo unwanted medical treatment (Weiler-Ravell et al. 2004). The law in Iceland appears to follow a similar approach (Eggertsson 2004).

Contudo, conclui COLEMAN (2007, P. 174/175 e 179):

It is unclear whether compelled treatment for infectious disease would be permitted under international human rights law. On the one hand, some human rights documents cite “the prevention and control of communicable diseases” as a situation in which “coercive medical treatments” could be justified on an “exceptional basis” (United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights 2000). In addition, the European Court of Human Rights (ECHR) has found that requiring individuals to undergo TB screening by means of a tuberculin skin-reaction test or chest X-ray “can be considered necessary in a democratic society for the protection of health” (Acmanne and others v. Belgium 1984). On the other hand, no human rights tribunal has directly addressed the permissibility of compelling individuals to undergo treatment (as opposed to testing) for infectious diseases. Moreover, citing ECHR decisions condemning the force-feeding of prisoners, a World Health Organization (WHO) mission to the Ukraine concluded that “administering a TB treatment without the consent of the patient is an intrusive major

²⁷ No Brasil há casos dignos de nota em que se admitiu excepcionalmente a imposição de tratamento compulsórios em casos de contaminação por doença contagiosa (tuberculose e hanseníase). Há decisões As cortes estaduais têm majoritariamente mantido os dispositivos, mas obviamente com a ressalva de que se trata de medida extrema que deve ser precedida de averiguação exaustiva do diagnóstico, recalcitrância do paciente e risco concreto à saúde pública.

intervention that constitutes a prohibited interference with a person's rights under the ECHR" (Dagron 2016) (...) In all cases, the burden should be on those seeking to compel unwanted treatment to demonstrate that no less restrictive alternatives, including isolation, are realistically available under the circumstances. As the World Health Organization recommends, "objections to diagnostic, therapeutic, or preventive measures should not be overridden without giving the individual notice and an opportunity to raise his or her objections before an impartial decision-maker, such as a court, interdisciplinary review panel, or other entity not involved in the initial decision" (World Health Organization 2016). Such a process provides an important check against abuse and can avoid undermining public trust in the integrity of the public health system.

Já em relação à vacinação compulsória, são bastante bem documentadas as históricas resistências²⁸ - acreditava-se, residuais - à vacinação baseadas nas mais diversas causas. As mais comuns de natureza religiosa ou de consciência filosófica. A questão foi ressuscitada em razão dos esforços mundiais pela descoberta e produção em massa de imunizantes contra a COVID-19.

Pode-se afirmar que as legislações predominantemente tratam a vacinação como política pública de caráter obrigatório. Mas como anota COLEMAN (2007, P. 175):

For example, in the United States, unvaccinated children who have not received an exemption from a state's vaccination requirements may be denied enrollment in the public schools (Barraza et al. 2017), but they will not be forcibly given vaccines to which their parents have objected. In a few other countries, parents can be fined for refusing to vaccinate their children (Reuters 2017), but, again, forcible vaccination does not appear to be authorized. Similarly, in the frequently-cited U.S. Supreme Court case of Jacobson v. Massachusetts, which upheld a Massachusetts law requiring individuals to be vaccinated for smallpox, the plaintiff was never actually required to undergo vaccination. Instead, the consequence of his refusal of the vaccine was a fine of five dollars (Jacobson v. Massachusetts 1905).

Em arremate a este item, convém uma última reflexão. FÜRST (2020), tratando do tema recusa terapêutica e recusa vacinal assevera que:

Distinção entre recusa terapêutica e recusa vacinal. A recusa vacinal é diferente da recusa terapêutica. Este é ponto relevante na compreensão da possibilidade de se recusar a vacina, e é preciso delimitar os pontos de distinção para que não se confunda os tratamentos jurídicos dados a cada situação. A recusa terapêutica ocorre diante de um quadro em que o paciente possui alguma moléstia e se recusa a uma intervenção que pode propiciar a cura, a atenuar ou dar qualidade de vida na convivência com a

²⁸ Para uma visão do movimento antivacina na Inglaterra: DURBACH, Nadja. Bodily Matters: The Anti-Vaccination Movement in England, 1853-1907 Duke, 276 pp., 2005.

moléstia. Não há impacto na saúde alheia, sendo, portanto, uma decisão estritamente autônoma e existencial, realizada com suporte em informações esclarecedoras e livres, daí chamar tal decisão de consentimento livre e esclarecido. No Brasil, a Resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina é o suporte normativo que dispomos para regulamentar a recusa terapêutica, ainda pendendo de análise de constitucionalidade pelo STF quanto à situação de recusa terapêutica que implique morte de paciente, seja por fundamento religioso ou moral, que é objeto da ADPF 618. Os potenciais conflitos éticos decorrem da autonomia diante do paternalismo ético. A recusa vacinal, por sua vez, ocorre num quadro em que o paciente não possui a moléstia, pois a vacina ocorre como uma forma de prevenção, não como intervenção. Há impacto na saúde alheia, pois se trata de prevenção de moléstias infectocontagiosas, de modo que coloca em risco a saúde pública e opera contra a lógica de política pública, que é a da prevenção comunitária. Os conflitos éticos estão nas tópicas da autonomia contra a solidariedade e a vulnerabilidade. No Brasil, a recusa vacinal não encontra suporte na recusa terapêutica como um direito de paciente, como evidencia a Resolução nº 2.232/2019 do CFM: Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito. 1º Caracteriza abuso de direito: I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros. II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação. [...] Além disso, enquanto a recusa terapêutica é pautada pela informação esclarecedora e livre, a recusa vacinal invariavelmente ocorre no contexto da desinformação, o que se amplia notoriamente diante da massificação de fake news que a sociedade da informação tem vivenciado

Contudo, a lição contém uma imprecisão. A oposição entre recusa terapêutica e recusa vacinal não se esgota no mero binômio *decisão individual X risco coletivo*. Há, como visto, recusas terapêuticas que impactam decisivamente na coletividade e outras que não. São relevantes diferentemente em relação ao direito. Uma coloca em xeque a própria incolumidade do sujeito e somente ela. A outra põe em risco também a coletividade. A recusa vacinal, por sua vez, coloca em risco potencial a vida do recalcitrante e também a incolumidade pública. A recusa vacinal, portanto, do ponto de vista coletivo, se assemelha mais à recusa terapêutica *qualificada* que, como visto acima, reclama medidas constrictivas inclusive de caráter compulsório.

4.3 O incremento recente dos questionamentos acerca das regras de vacinação compulsória conduziu o STF ao enfrentamento da questão da obrigatoriedade da vacinação segundo o ordenamento brasileiro. O tribunal apreciou o tema nas últimas duas sessões julgamento do ano de 2020 no ARE 1267879/SP e nas ADIs 6586 e 6587 e, em termos gerais, manteve as balizas da obrigatoriedade da vacinação nos termos tradicionalmente

estabelecidos no direito brasileiro, inclusive pré-constitucional, nos termos da Lei 6.259/75 e 8069/90 (ECA).

4.3.1 No RE 1267879 estava em causa acórdão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou que pais veganos submetessem a filha às vacinações previstas no calendário oficial. A corte seguiu a orientação do Ministro Relator, Luís Barroso e fixou a seguinte tese em âmbito de repercussão geral:

“É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar²⁹”.

O caso, como se vê, tratava de recusa individual/familiar de aplicação de vacina considerada obrigatória pelo calendário oficial a criança em razão de escusa de consciência professada pelos pais. O voto do relator aborda questões históricas referentes à luta da humanidade pela obtenção de imunizantes que pudesse prevenir o adoecimento e as epidemias, o complexo de políticas públicas historicamente adotadas no Brasil e questões de direito comparado para ao final concluir que no cotejo entre a prevenção de agravo à saúde da criança e à coletiva e a escusa de consciência dos pais, deve prevalecer o direito à saúde, mesmo reconhecendo a densidade do disposto nos incisos VI e VII do art. 5º da CF,

4.3.2 No âmbito das ADIs 6586 e 6587 a discussão desloca-se para *a constitucionalidade, ao alcance e à correta interpretação do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020*. Uma das ações pretendia que o tribunal *conferisse interpretação conforme à Constituição, de maneira a estabelecer que compete aos Estados e Municípios determinar a vacinação obrigatória e outras medidas profiláticas no combate à pandemia causada pela Covid-19, desde que amparados em evidências científicas*. A outra pretendia que o corte determinasse *desde já, que a aplicação da vacina, se e quando vier a ser aprovada, será facultativa, e não compulsória, acoimando de inconstitucional a possibilidade de um ente federativo determinar a imunização impositiva, sob pena de violação de direitos fundamentais*.

²⁹ Notícia do julgamento em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em 19.12.2020.

O tribunal seguiu o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski e fixou a seguinte tese, agora em âmbito de controle concentrado:

(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 competência³⁰.

4.4 O resultado do julgamento conjunto conduz a duas conclusões.

De um lado, assentou o caráter obrigatório da vacinação calcada nas políticas de prevenção do poder público. Esclareceu, porém em que termos se dá essa obrigatoriedade, limitando a ação do Estado a meios indiretos de coerção, sem que seja ofendida a incolumidade física do cidadão ou desrespeitado o direito de propriedade. Decorrente desta premissa, ao Estado incumbe a obrigação de fornecimento de vacinas eficazes, seguras e gratuitas, além do dever de informar de forma eficiente os cidadãos e promover de forma satisfatória as campanhas de vacinação.

Do outro, proclamou a comunhão de competências, em relação às medidas indutoras da promoção dos programas de vacinação e de sua obrigatoriedade, entre União, Estados e Municípios, na linha do que proclamado na ADPF 672 e ADI 6341 relativamente ao chamado federalismo de cooperação.

Como corolário de ambas as conclusões, o inciso III do art. 3º da Lei 13.979/20 encontra forma de concretização no que dispõe o inciso VIII do mesmo artigo. É que dada a relevância e urgência na administração de imunizante ou medicamento que faça frente à pandemia, estabeleceu o referido dispositivo um procedimento administrativo *abreviado de autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância*

³⁰ V. nota anterior.

sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus com base na prévia verificação de registro perante uma das agência estrangeiras de regulação sanitária. Estabeleceu-se uma *equivalência técnica* entre aquelas agências e a brasileira procurando-se harmonizar a necessária precaução com as necessidades de urgência em razão da emergência sanitária como medida de gestão de riscos em face das situações concretas.

5. Possibilidade de incremento das sanções por descumprimento das medidas previstas no art. 3º da Lei 13.979/20. Teste de proporcionalidade.

5.1 As conclusões a que chegou o STF estão de acordo, em linhas gerais, ao que tradicionalmente se entende como adequado em matéria de balanceamento entre direitos individuais e direito à saúde. De fato, é estranho, pra não dizer praticamente inconcebível, que o Estado proceda à vacinação de sua população *manu militari*. A experiência nacional bem demonstra o quão perigoso seria o trato de questão tão cara aos direitos fundamentais de forma autoritária³¹. Contudo, é de se observar que a lei 13.979/20 apesar de declaradamente pretender instituir um sistema transitório de enfrentamento da crise sanitária, não previu medidas de caráter adicional que garantam efetivamente a obrigatoriedade da vacinação.

WANG, MORIBE e ARRUDA (2020) observam que a decisão acerca da compulsoriedade da vacinação e o grau de *enforcement* a ser conferido à política, deve ser avaliado concretamente em cotejo com as demais restrições decorrentes da pandemia e impostas indistintamente aos cidadãos e suas consequências econômicas e sociais. Deve-se aferir a proporcionalidade da medida e os ganhos em matéria de segurança sanitária que se pretendem adquirir de acordo com o tradicional teste de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Aplicando na prática o teste proposto, pode-se afirmar que: a) a vacinação compulsória é sim medida adequada ao momento, dado que as medidas de contenção alternativas encerram notáveis restrições a direitos individuais e coletivos, com restrições ao direito de locomoção, de reunião, educacionais, trabalhistas e econômicos; b) é necessária, uma vez que ainda não existe alternativa terapêutica e o incremento do risco, pela não aquisição da chamada imunidade de rebanho por ausência de vacinação não parece ser

³¹ Referimo-nos ao episódio que ficou conhecido como revolta da vacina. Para uma análise completa do tema v. SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina – Mentis insanas em corpos rebeldes*, São Paulo. UNESP, 2013.

contornável por medidas paliativas de controle de contágios e; c) é proporcional em sentido estrito, pois o ganho social em relação ao levantamento das restrições impostas pela situação de emergência superam as supostas lesões à autonomia individual e a própria lei estabelece medidas mais gravosas como a intervenção terapêutica compulsória.

Se a vacinação compulsória é (i) admitida pelo sistema constitucional e (ii) é medida adequada, necessária e proporcional ao momento de emergência, o passo seguinte é considerar se o sistema promove adequadamente a obrigatoriedade.

Por um lado, é dever do Estado garantir a segurança do processo de e sua promoção, através de ampla conscientização e fomento à imunização de forma universal e gratuita, Mas como ponderam WANG, MORIBE e ARRUDA:

A ausência (ou insuficiência) de intervenção estatal para a promoção de saúde coletiva também restringe direitos. Imaginemos três cenários. No primeiro, a vacinação compulsória controla a pandemia, tornando desnecessárias medidas duras de distanciamento social. No segundo, não há vacinação compulsória, mas a pandemia é contida por medidas rigorosas de isolamento. No terceiro, não há nem vacinação compulsória e nem medidas de distanciamento, o que torna a crise sanitária da Covid-19 mais severa e longa do que poderia ser. Não seria absurdo que uma análise cuidadosa levasse à conclusão de que no primeiro cenário há menos restrições de direitos. O tipo de punição em caso de descumprimento também importa. Obrigatoriedade significa que uma pessoa pode ser sujeita a sanções caso não se vacine. As sanções podem variar em natureza e intensidade. Podem ir de uma mera advertência a multa (como para pessoas que deveriam votar, mas não o fizeram), perda de benefícios (por exemplo, se o recebimento do auxílio emergencial do governo for condicionado à vacinação), medidas restritivas de liberdade (ser monitorado, impedido de frequentar alguns lugares etc.), ou, no limite, vacinação forçada. Questão igualmente importante é se a lei deve tolerar exceções e permitir que algumas pessoas recusem a vacina. Esses casos deveriam ser baseados em razões médicas já previstas na legislação brasileira (por exemplo, quem não pode se vacinar por alergia ou imunodeficiência). Mais controversas são as exceções derivadas de razões filosóficas ou religiosas. A proporcionalidade e o contexto epidemiológico também são relevantes para avaliar o tipo de sanção e a possibilidade de exceções por razões não médicas. Quanto maior a cobertura vacinal, e sobretudo se for atingida a taxa necessária para a imunidade de rebanho, menos severas podem ser as punições, e maior a margem para permitir exceções. Ainda que a vacinação obrigatória seja constitucional, algumas das sanções previstas e a ausência de exceções talvez não o sejam.

Conclui-se que há espaço decisional para a ampliação da atuação estatal no campo do sancionamento da conduta de recalcitrância, até porque não foram previstas regras específicas, mesmo de caráter transitório ou excepcional, que tenham como suporte a especial

gravidade do momento e o imperativo de colaboração e responsabilidade que os cidadãos devem para com a coletividade. Por óbvio que as medidas excepcionais de *enforcement* se necessárias, devem ser estabelecidas também proporcionalmente à finalidade pretendida.

6. Conclusão.

Os problemas decorrentes do enfrentamento da pandemia e suas consequências constituem provavelmente uma das melhores oportunidades de análise das contradições e imposições da sociedade de *risco* contemporânea. A superação eficiente deste momento de dificuldade, com as condicionantes históricas a que estamos submetidos, depende da assimilação de que o pluralismo é um ativo, a tolerância uma imposição e o agir responsável uma necessidade.

O sistema legal de enfrentamento da crise deve responder de forma eficaz a estes desafios, internalizando as incertezas científicas utilizando-se a precaução como instrumento de balanceamento de interesses opostos de matriz constitucional.

Por meio desta atuação responsável legitima-se a adoção de medidas de caráter excepcional para que as restrições a direitos sejam apenas as necessárias, suficientes e temporalmente adequadas.

As medidas de tratamento e vacinação de caráter compulsório constituem legítimos instrumentos de atuação do Estado desde que exercidos com base em consenso científico, baseadas em critérios de universalidade e gratuidade e se configurem concretamente na alternativa menos gravosa à disposição. É decorrência da imposição de universalização dos tratamentos e vacinas que sejam garantidos meios de aceleração das decisões administrativas, sem que se descure da necessária cautela e transparência.

O Estado deve garantir políticas adequadas e informações suficientes para proporcionar tanto quanto possível a adesão voluntárias aos programas e tratamentos e, por outro lado, garantir a aplicação das medidas preventivas, por intermédio de normas de coerção indireta proporcionalmente delineadas de acordo com a gravidade do momento e as imposições de colaboração e responsabilidade de seus cidadãos.

7. REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona. Paidós, 1998.

CIACCI, Andrea. *Il principio di precauzione e l'emergenza covid-19*. Disponível em <http://filosofiaimovimento.it/il-principio-di-precauzione-e-lemergenza-covid-19/#note-13307-2>,

COLEMAN, Carl H. *The Right to Refuse Treatment for Infectious Disease*. In JAMROZIK, Euzebiusz e SELGELID, Michael. *Ethics and Drug Resistance: Collective Responsibility for Global Public Health*. Berlin, Springer 2020. p. 171 a 182

CORN, Emanuele. *Il principio di precauzione nel diritto penale : Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*. Giappichelli. Torino, 2013.

DURBACH, Nadja. *Bodily Matters: The Anti-Vaccination Movement in England, 1853-1907* Duke, 276 pp., 2005

FÜRST, Henderson *Recusa Terapêutica e Recusa Vacinal: Notas sobre a Regulação Jurídica da Vacina de Covid-19 e Direitos de Pacientes*. Acessível em <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/1143668774/recusa-terapeutica-e-recusa-vacinal-notas-sobre-a-regulacao-juridica-da-vacina-de-covid-19-e-direitos-de-pacientes>. Acesso em 19.12.2020.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. 2007.

_____ e HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. 2009.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. *Precaução e prevenção no direito à saúde: âmbitos de incidência e sua aplicação pelo STF*. Disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2104#_ftn4. Acesso em 19.12.2020.

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina – Mentis insanas em corpos rebeldes*, São Paulo. UNESP, 2013.

WANG, Daniel, MORIBE, Gabriela, ARRUDA, Ana Luiza. *Vacina obrigatória contra Covid pode ser a medida com menos restrição de direitos*. Folha de São Paulo. Publicado em 21.10.2020. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/10/vacina-obrigatoria-contra-covid-pode-ser-a-medida-com-menos-restricao-de-direitos.shtml>. Acesso em 19.12.2020.