

## **CERTIFICATE VACCINATION AND MANDATORY COVID-19 VACCINATION: A MATTER OF PRINCIPLE?**

### **O PASSAPORTE VACINAL E A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS?**

**Gianluca Nicochelli<sup>I</sup>**

<sup>I</sup> Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador associado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR), integrante do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito (NEFIT-UFPR) e integrante do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico (GESANE-UNB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5547405649253786>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0962-3936>. E-mail: [gian.ops@hotmail.com](mailto:gian.ops@hotmail.com)

**Leonardo Soares Brito<sup>II</sup>**

<sup>II</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Membro do Centro de Estudos da Constituição da UFPR (CCONS/UFPR). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2379493259175543>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0928-7856>. E-mail: [britoleos@hotmail.com](mailto:britoleos@hotmail.com)

Recebido/Received: 15.11.2021/ November 15<sup>th</sup>, 2021.  
Aprovado/Approved: 29.09.2022/ September 29<sup>th</sup>, 2022.

#### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar, do ponto de vista constitucional, duas estratégias de combate ao COVID-19 que vêm sendo aplicadas pelos entes federados brasileiros: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal. Para tanto, o tema é tratado à luz da Lei nº 13.979/2020, que instituiu as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública ocasionada pelo coronavírus, contextualizando com as discussões ocorridas no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à constitucionalidade de tais medidas. Ato contínuo, propõe-se a existência de um conflito latente entre princípios constitucionais que perpassam as duas estratégias de combate ao COVID-19 apresentadas: a saúde coletiva vs. a liberdade individual. Ao final, diante da distinção qualitativa entre princípios e regras de Ronald Dworkin e da aplicação do teste da proporcionalidade em sentido amplo de Robert Alexy, conclui-se que o direito coletivo à saúde justifica as restrições à liberdade individual ocasionadas pela vacinação obrigatória e pelo passaporte vacinal.

**Palavras-chave:** Vacinação Obrigatória; Passaporte Vacinal; Lei 13.979/2020; Supremo Tribunal Federal; Conflito de Princípios.

#### **ABSTRACT**

*The paper has the objective to analyze, based on the constitutional law, two strategies to fight COVID-19 applied by the union, states and municipalities: the mandatory vaccination and the certificate vaccination. This is seen in two ways: by Law nº 13.979/2020, which instituted rules to deal with the public health emergency, and by Supreme Federal Court decisions who performed the judicial review. Later, an assumption is made: there is a conflict of constitutional principles involving public health and individual freedom. Finally, with the qualitative distinction between principles and rules and Alexy's proportionality*

*rule, we conclude that the constitutional principle of public health is superior to individual freedom.*

**Keywords:** *Mandatory Vaccination; Certificate Vaccination; Law 13.979/2020; Supreme Federal Court; Conflict of Principles.*

artigos  
científicos

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A COVID-19 NO CONTEXTO LEGAL; 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O PASSAPORTE VACINAL; 4. O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Em “Os juízes políticos e o Estado de Direito”, primeiro capítulo da obra “Uma questão de Princípio”, o jusfilósofo Ronald Dworkin disserta sobre duas questões envolvendo o chamado fundamento político do direito. Pela primeira questão, o autor pergunta como os juízes decidem e deveriam decidir casos agudos; já pela segunda, indaga-se se os juízes poderiam decidir com base em fundamentos políticos, validando determinados princípios de moralidade política.

Ao analisar as perquirições, Dworkin chega à conclusão que as respostas são distintas a depender do local em que se façam as perguntas, isto é, se na Inglaterra ou nos Estados Unidos. No sistema jurídico inglês, a visão predominante seria a de que os juízes não deveriam decidir pautado em fundamentos políticos, enquanto no sistema jurídico estadunidense haveria uma maior aderência à perspectiva de que a separação entre política e direito seria quase que inevitável. Dworkin, então, adota uma posição intermediária entre os dois enquadramentos ao considerar que os “(...) os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio, mas não em argumentos de procedimento político”.<sup>1</sup>

É nesse sentido que se formula a clássica divisão entre argumentos de política e argumentos de princípios. Para Dworkin,<sup>2</sup> argumentos de política devem, no plano ideal, justificar decisões políticas, isto é, decisões que protejam algum objetivo geral da comunidade política. Já os argumentos de princípios justificam uma decisão jurídica ao mostrar que determinada decisão política respeita ou garante os direitos individuais e os direitos da coletividade. Exemplifique-se: enquanto os argumentos de política devem embasar uma renúncia fiscal à indústria aeronáutica, os argumentos de princípio funcionam como trunfo para defender leis que combatam a discriminação.

Transportada para o Brasil, a discussão sobre os fundamentos das decisões políticas e das decisões judiciais ganhou especial relevo com o advento da pandemia de COVID-19. A omissão do Executivo federal no combate à pandemia, a entrada em vigor da Lei 13.979/2020 e a polêmica quanto à constitucionalidade das medidas

1 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5-6.

2 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

de enfrentamento ao coronavírus levaram as engrenagens constitucionais ao limite, exigindo que o poder judiciário, na figura do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), resolvesse diversas questões que impactaram e impactam o dia a dia do cidadão.

Nessa toada, a Corte passou a reunir, por força de seu papel ambivalente de instância recursal e instância de controle concentrado de constitucionalidade, diversas ações relacionadas à pandemia. Segundo o painel referente às ações protocoladas em decorrência da Covid-19,<sup>3</sup> até o início de novembro de 2021 existiam 9.920 processos vinculados à interpretação e aplicação da Carta Magna no contexto pandêmico, além de 12.927 decisões. Tais processos versam sobre os mais diversos temas, como o conflito federativo, a distribuição de competências comuns e concorrentes, a constitucionalidade da Lei 13.979/2020, as políticas de prevenção adotadas pelos entes federados (como os *lockdowns*), as proibições de despejos ocasionados pela pandemia, o orçamento extraordinário aprovado em 2020 e outros.

Dentre as diversas asserções, o presente artigo pretende analisar dois temas tratados pelo STF no âmbito dos conflitos surgidos em decorrência da pandemia: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal, este último adotado por cerca de 13% das Prefeituras como forma de restringir o livre acesso a determinados locais por pessoas não vacinadas.<sup>4</sup> Justifica-se a delimitação da pesquisa pelo inerente conflito de princípios existentes tanto na vacinação obrigatória como no passaporte nacional, a saber: a liberdade individual, que abrange a liberdade de consciência, opinião, convicção filosófica, pensamento e locomoção, contra a saúde coletiva.

Assim, a hipótese deste estudo é a de que, na correspondência de uma concepção centrada na força dos argumentos de princípios, o direito à saúde coletiva é preponderante ao direito à liberdade individual. Para tanto, a fim de averiguar a veracidade da hipótese, utilizou-se a metodologia biográfica-crítica qualificada pela pesquisa jurisprudência no âmbito do STF.

Destarte, divide-se o artigo em três grandes núcleos, quais sejam: (i) a análise dos atos normativos no âmbito da União e do Estado do Paraná relacionados ao combate à COVID-19, em especial a Lei Federal 13.976/2020, (ii) o exame acerca das decisões do STF sobre a vacinação obrigatória/compulsória e o passaporte vacinal e, por fim, (iii) o conflito de princípios inerentes ao caso, optando pela distinção qualitativa entre princípios e regras apresentada primeiramente por Ronald Dworkin e operacionalizada pelo teste da proporcionalidade em sentido amplo de Robert Alexy.

Como conclusão, ratifica-se a hipótese ora levantada, qual seja a de que existe uma questão de princípio latente à discussão e que, do ponto de vista interno, o

3 STF. **Painel de Ações COVID-19**. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>>. Acesso em 14 de nov. 2021.

4 VIEIRA, Anderson. **Senadores apresentam projetos tornando obrigatório o certificado de vacinação**. Disponível: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/29/senadores-apresentam-projetos-tornando-obrigatorio-o-certificado-de-vacinacao>>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

princípio da liberdade individual, no contexto da pandemia de COVID-19, deve ser afastado ao entrar em rota de colisão com o princípio da saúde coletiva, isso nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal.

## 2. A COVID-19 NO CONTEXTO LEGAL

Com o desiderato de dar uma resposta efetiva à pandemia de COVID-19, instaurada no primeiro semestre de 2020, diversos países se utilizaram dos atos normativos como armas para se combater a proliferação da doença. No caso nacional, a Lei Federal 13.976/2020, bem como os decretos regulamentares dos entes federados, são exemplos de como o Brasil também seguiu a lógica internacional de estabelecer regras de conduta ocasionais para se proteger a saúde coletiva. Em larga medida, tais regras são pautadas na restrição de liberdades individuais com o objetivo de reduzir o risco de contágio pela população, preservando a saúde coletiva.

A fim de verificar o espírito normativo dessas restrições, analisar-se-á nesta seção as leis e decretos que versam sobre a vacinação compulsória/obrigatória e outras medidas profiláticas, com especial atenção às regras estabelecidas pela União e pelo Estado do Paraná. Da mesma forma, identifica-se as práticas semelhantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmos dos atos normativos aprovados para se combater o COVID-19.

Como ponto de partida, e para melhor compreensão visual dos atos normativos, foram destacadas na Tabela 1 algumas inovações legais ocasionadas pelo contexto pandêmico, tanto da União como do Estado do Paraná:

TABELA 1

LEI	ASSUNTO	IMPACTO	PRINCIPAIS DESTAQUES
Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020	Reconhece o estado de calamidade pública	União	Suspensão de prazos e disposições dos art. 23, 31 e 70 da Constituição.
Lei nº 13.979/2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus	União	Lei Nacional para o enfrentamento da pandemia
Decreto Estadual 4319/2020	Declara o estado de calamidade pública em consonância com a Lei Federal	Paraná	Dispõe sobre medidas de enfrentamento em razão da situação de emergência da saúde pública

LEI	ASSUNTO	IMPACTO	PRINCIPAIS DESTAQUES
Decreto Estadual 6284/2020	Dispõe sobre as proibições provisórias de circulação e aglomeração em espaços e vias públicas, como formas de medidas de enfrentamento à pandemia	Paraná	Institui o “toque de recolher” entre as 23hrs e as 5hrs, para atividades consideradas não essenciais, de acordo com o Decreto 4317/2020 que dispõe sobre as medidas de enfrentamento para a iniciativa privada.
Decreto Estadual 4230/2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus	Paraná	Estabelece as medidas para enfrentamento, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Estado do Paraná.
Decreto Estadual 6294/2020	Intensifica as medidas para enfrentamento decorrente do estado de calamidade e revoga o art. 3º do Decreto 4230/2020	Paraná	Institui a proibição provisória de circulação em espaços e vias; proíbe a realização de confraternizações e eventos presenciais que causem aglomerações com grupos de mais de 25 pessoas.
Decreto Estadual 6983/2021	Dispõe sobre medidas restritivas de caráter obrigatório, visando o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia e revoga o Decreto nº 6294/2020	Paraná	Institui a suspensão do funcionamento dos serviços e atividades não essenciais; restrições provisória de circulação; atualização da suspensão das aulas, conforme Decreto nº 4230/2020; suspensão dos prazos, no âmbito da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, além de acesso aos autos dos processos físico.

Diante do exposto, percebe-se que tanto a Lei nº 13.979/2020, no âmbito nacional, como os decretos mencionados, no âmbito estadual, adotaram uma série de medidas com o objetivo de evitar a proliferação do coronavírus. A Lei nº 13.979/2020, que consiste em regra geral de enfrentamento da pandemia, objeto desta seção, prevê em seu art. 1, § 1º que o seu principal objetivo é a proteção da coletividade.

Com fulcro no art. 3º, a legislação referenciou a possibilidade de adoção de medidas de (i) isolamento; (ii) quarentena; (iii) determinação de realização compulsória de (a) exames médicos, (b) testes laboratoriais, (c) coleta de amostras clínicas, (d) vacinação e outras medidas profiláticas ou (e) tratamentos médicos específicos. Também há a previsão da possibilidade de (iv) estudo ou investigação epidemiológica; (v) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; (vi) restrição excepcional e temporária de entrada e a saída do País; (vii) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas e (viii) autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa.

Ato contínuo, em consonância ao estabelecido no § 1º do art. 3, as medidas visam a proteção de toda a coletividade. É nesse sentido que o § 7º do mesmo artigo arrola as autoridades competentes para adoção das medidas de enfrentamento à pandemia, sendo o Ministério da Saúde o órgão competente para empregar medidas de enfrentamento mais gerais e, suplementarmente, atribuição dos gestores de saúde dos estados e municípios a realização das medidas de enfrentamento local. A restrição aos gestores locais não imprime uma acepção de que os entes federados devem combater separadamente a pandemia; pelo contrário, exprime uma visão de coordenação da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, em consonância ao estabelecido no art. 6º da referida Lei.

Ademais, preceitua o art. 5º que é dever de todo cidadão colaborar com as autoridades sanitárias no combate aos focos de proliferação da doença, seja por meio da comunicação imediata de possível contato com os agentes infecciosos ou pela circulação em áreas de alta probabilidade de contaminação pelo coronavírus. Conforme interpretação sistêmica da lei, observando a supremacia da Constituição, a realidade é que os Estados e Municípios detêm autonomia para estabelecer as medidas locais para o enfrentamento da pandemia, mas sem deixar de observar a inerente colaboração dos entes em uma frente única de combate a pandemia.

A ideia de uma frente única de combate ao COVID-19 é consequência natural do próprio desenho federativo brasileiro, pautado em três grandes bases: (i) o federalismo cooperativo; (ii) a promoção dos direitos fundamentais e (iii) a proteção da coletividade. Assim, ao interpretar a competência para instituir medidas de prevenção contra a COVID-19, o STF, na ADI 6.341/DF e na ADPF 672/DF, adotou uma posição que já vinha sendo reconhecida em outros julgados sobre outros temas, qual seja a de que na busca da solução de conflitos federativos, deve-se partir da ótica da prevalência de interesses locais em detrimento de uma posição mais centralizada no figura da União.<sup>5</sup>

Assim, as decisões do STF em relação à competência para combate ao COVID-19 não deveriam ser surpresas aos que acompanham os debates federativos ocorridos na Corte nas últimas décadas. No mesmo sentido, não é uma surpresa a ideia de obrigatoriedade de vacinas e do passaporte vacinais no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), já estabelece, em seu art. 14, § 1º, a obrigatoriedade de vacinas nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Como consequência jurídica aos pais que não vacinarem seus filhos, há a previsão de multa de três a vinte salários e, em casos de reincidência, o dobro, seguindo os ditames do art. 249 do ECA. Inclusive, há no seio do poder judiciário casos em que a Justiça determinou que os pais vacinassem os seus filhos tendo como fundamento a proteção ao incapaz, o respeito à vida e o direito à saúde.<sup>6</sup>

5 TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (orgs.) **Direito e Experiências Jurídicas: debates práticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 2. e MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

6 CORREIO BRAZILIENSE. Pais podem perder a guarda caso não vacinem os filhos? Especialistas opinam. Disponível em: <<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/01/14/interna-brasil.820424/pais-podem-perder-a-guarda-caso-nao-vacinem-os-filhos-especialistas.shtml>>. Acesso em: 01 de out. 2021.

Entretanto, a previsão de obrigatoriedade de vacinação não é restrita ao ECA. A Lei 6.259/1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e que estabelece as normas relativas à notificação compulsória de doenças, prevê em seu art. 3º a competência do Ministério da Saúde na elaboração do Programa Nacional de Imunizações, inclusive as de caráter obrigatório. Em seu parágrafo único, estabelece ainda que “As vacinas obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas”, prevendo, ainda, a possibilidade de vacinação pelas entidades privadas que tenham auxílio da administração pública de todas as esferas. Mais uma vez, realça-se o caráter de cooperação entre os entes federados em torno de um bem comum: a coletividade.

Esse caráter de obrigatoriedade, seguindo os ditames 2Ademais, em seu art. 14, a lei prevê que a inobservância de suas normas constitui “infração sanitária e sujeita o infrator às penalidades previstas em lei, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis”.

Em que pese a inexistência de citação específica à vacinação obrigatória, o art. 268 do Código Penal estabelece punição a quem “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, com pena de um mês a um ano de multa. Deste panorama, percebe-se que a vacinação obrigatória e o comprovante/passaporte de vacinação já estão há muito tempo consolidados no ordenamento jurídico, razão pela qual não haveria como se argumentar que tais medidas são totalmente novas na que tange à política pública de saúde e imunização.

Pelo mesmo vértice, relembra-se que, para viagens em cruzeiros tendo como destino áreas de proliferação de determinadas doenças, os passageiros devem apresentar carteira de vacinação. Cita-se outro exemplo: no Paraná, a Lei Estadual 19.534/2018 dispõe sobre a obrigatoriedade da apresentação da carteira de vacinação no ato da matrícula escolar, seja em escola pública ou privada.

Portanto, conforme detidamente visto, o ordenamento jurídico brasileiro já possuía um amplo arcabouço jurídico relacionado à vacinação obrigatória e a sua comprovação mesmo antes do início da pandemia. Nesse sentido, a Lei nº 13.979/2020 e os atos normativos secundários que regulamentaram as medidas de enfrentamento a COVID-19 só vieram reafirmar o interesse da coletividade num determinado contexto histórico que o país atravessa.

Segue-se agora à análise dos procedimentos judiciais, no âmbito do STF, que discutiram as questões controvertidas relacionadas à vacinação obrigatória e ao passaporte vacinal.

### 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O PASSAPORTE VACINAL

#### 3.1. A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O STF

Conforme asseverado no último tópico, após a entrada em vigência da Lei 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, diversas questões relacionados à abrangência e à interpretação jurídica dos artigos se proliferaram pelo país. Para a presente pesquisa, um dos artigos da lei se mostra de suma importância, qual seja o art. 3, especialmente o inc. III e o § 7, pelos quais:

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

III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos.

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

Em suma, as perquirições giraram em torno do termo “realização compulsória” do inciso III, especialmente relacionado à alínea “d” do artigo: vacinação e outras medidas profiláticas. Dessa forma, questiona-se: poderia o ente federado obrigar o cidadão a tomar a vacina à força, isto é, obrigá-lo por coação absoluta a se vacinar? Esse é o sentido constitucional atribuído à compulsoriedade? No que a vacinação compulsória/obrigatória se distingue da vacinação forçada? A previsão normativa corresponde ao parâmetro constitucional? De qual ente federado é a competência para realizar a vacinação compulsória?

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADI 6.586 e a ADI 6.587, ambas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Conforme se observará, as ADIs possuíam pedidos diametralmente opostos: a ADI 6.586 pugnando pela constitucionalidade do art. 3 e a ADI 6.587 pela sua inconstitucionalidade.

Na ADI 6.586/DF, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), legitimado ativo para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, requereu ao STF que se conferisse interpretação conforme ao art. 3º, III, “d”, Lei nº 13.979/2020 nos termos dos arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Em suma, requereu o partido que se conhecesse e julgasse procedente a ADI no sentido de que cabe aos Estados e Municípios determinar a realização compulsória da vacinação e outras medidas profiláticas, desde que as medidas, amparadas em evidência científica, ocasionam maior proteção à coletividade. Tal pedido vem, segundo o legitimado, ao encontro da competência concorrente e



comum dos entes federados para combater a pandemia da COVID-19 decidido pela Corte na ADI 6341/DF.

Já na ADI 6.587, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), requereu-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, eis que não passa pelo crivo dos arts. 5, caput, 6 e 196, todos da CRFB. Em suma, alega o partido que a vacinação compulsória fere os direitos individuais porque força o cidadão a se vacinar, mesmo não existindo segurança quanto à eficácia e efeitos colaterais da vacina. Argumenta, ainda, que obrigar a população a se vacinar consistiria em teste em massa de vacinas que não possuem eficácia científica comprovada, segundo o partido.

Diante da causa de pedir aberta existente nas ações do controle concentrado de constitucionalidade e da distribuição por dependência em relação à ADI 6.587, o Min. Ricardo Lewandowski procedeu ao julgamento conjunto de ambas as ADIs, atribuindo, ao final, procedência parcial no sentido de dar interpretação conforme ao dispositivo contido no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020.

De acordo com o acórdão, pacificou-se o entendimento de que: (i) o significado da “vacinação compulsória” não é o mesmo de “vacinação forçada”, eis que é sempre decisão do cidadão tomar a vacina ou não, podendo, todavia, o Poder Público implementar meios de coação indireta aos que optarem por não se vacinar, tal qual a restrição ao exercício de atividades e presença em determinados locais se houver comprovação científica da eficácia dos imunizados, além do respeito aos direitos fundamentais, ao critério da proporcionalidade e à manutenção da distribuição universal e gratuita da vacina; e que (ii) a compulsoriedade pode ser implementada pelos entes federado no âmbito da respectiva esfera de competência.

Condizente ao voto do Min. Ricardo Lewandowski, a legislação brasileira não contempla, atualmente, a vacinação forçada, isto é, aquela de caráter invasivo à pele do cidadão, diante do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Todavia, a vacinação compulsória/obrigatória, que não se confunde com a vacinação forçada, é medida prevista em legislação infraconstitucional antes mesmo do advento da Lei 13.979/2020. Nesse sentido, aduz Lewandowski:

... observo que a vacinação obrigatória, desde há muito, é uma realidade no Brasil, estando prevista em diversos diplomas legais. O Plano Nacional de Imunizações – PNI, implantado em 18 de setembro de 1973, cuja disciplina legal contempla a tal compulsoriedade, é considerado exemplar por autoridades sanitárias de todo o mundo, jamais tendo sido objeto de contestações judiciais significativas.<sup>7</sup>

Ademais, afirmou o relator que o próprio STF, no contexto histórico da revolta da vacina (1904), assegurou que o ordenamento constitucional não comporta a vacinação forçada ao conceder a ordem de habeas corpus preventivo em favor de

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão - ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021. p. 4.

Manoel Fortunato de Araújo Costa, a fim de que equipes de saúde não ingressassem à força em sua residência para realizar desinfecção (RHC 2.244/DF, Rel. Min. Manoel Murtinho, DJ 31.1.1905).

Assim, a vacinação prevista no art. 3, inc. III, “d” da Lei 13.979/2020, compulsória e obrigatória, é legítima do ponto de vista das garantias constitucionais. A despeito de não ser forçada, adverte o ministro que, para garantir a efetividade do programa nacional de imunização, o poder público pode instaurar medidas de coação indireta, como a restrição ao exercício de certas atividades e comparecimento a determinados locais, se respeitados os requisitos constitucionais. Assim, deve-se comprovar a eficácia científica da vacina, respeitar a dignidade humana e os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, além do Estado ofertar a vacinação universal e gratuitamente.<sup>8</sup>

Por fim, asseverou o Ministro, seguido pela maioria do plenário, que a competência estabelecida pelo art. 3, § 7 da Lei 13.979/2020 é constitucional, eis que assegura o conceito federalismo cooperativo adotado pela CRFB. O STF, por ocasião da ADI 6.341/DF e ADPF 672/DF, já havia decidido que o federalismo de cooperação também se aplica às medidas de contenção ao COVID-19. No caso da vacinação obrigatória, o federalismo de cooperação “encontra expressão [...] na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a ‘proteção e defesa da saúde’ (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de ‘cuidar da saúde e assistência pública’ (art. 23, II, da CF).”<sup>9</sup>

Noutro vértice, em sede de controle concreto de constitucionalidade, o STF foi novamente instado a dirimir um conflito envolvendo a vacinação obrigatória, especialmente quanto à obrigatoriedade dos pais vacinarem seus filhos contra a COVID-19. De relatoria do Min. Roberto Barros, o ARE 1.267.87/SP, com recuperação geral reconhecida (Tema 1.103) e em segredo de justiça, fixou-se a seguinte tese:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, **não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar**”. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020<sup>10</sup> (grifo nosso)

Por conseguinte, observa-se que o STF, tanto em sede de controle abstrato como em controle concreto, já se posicionou a favor da constitucionalidade da vacinação obrigatória, inclusive em relação aos incapazes. E, como bem demonstrado, a

<sup>8</sup> Ibid. 48.

<sup>9</sup> Ibid. 25-26.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.267.879/SP**. Recte: A. C. P. C. Relator: Min. Roberto Barros, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 18/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

consequência da recusa à vacina é a possibilidade de restrição ao exercício de certas atividades e presença em determinados locais, que se materializa, dentre outras formas, na exigência do passaporte vacinal.

Portanto, passa-se ao estudo do caso sobre o passaporte vacinal no âmbito na suprema corte.

### 3.2. O PASSAPORTE VACINAL E O STF

A ideia de um certificado de vacinação contra determinada doença para exercer atividades, frequentar localidades públicas ou até mesmo viajar para outros lugares, apelidado popularmente de passaporte vacinal, não é instrumento que surgiu para combater especificamente a proliferação da COVID-19. A primeira noção de passaporte vacinal advém do debate ocorrido em 1897 na Índia britânica para implementação de um certificado vacinal como forma de combater o surto de peste bubônica.<sup>11</sup>

Atualmente, diversos países adotam, em menor ou maior medida, o passaporte vacinal, tais quais Israel, Dinamarca, França, Áustria, Eslovênia, Holanda, Japão e Coreia do Sul.<sup>12</sup> No Brasil, com fulcro jurídico na ADI 6.341/DF e ADPF 672/DF, que ratificaram a competência comum e concorrente dos estados e municípios para instituir medidas de combate a COVID-19, muitos entes federados começaram a exigir a devida vacinação contra a doença.

Nesse sentido, o Município do Rio de Janeiro, por meio do Decreto Municipal nº 49.335 de 26.08.2021, e amparado na interpretação conforme dada ao art. 3, III, “d” da 13.979/2020, que versa sobre a vacinação compulsória e outras medidas profiláticas, estabeleceu a obrigatoriedade de comprovação da vacinação contra COVID-19 para o acesso e a permanência nos estabelecimentos e locais de grande circulação e que favoreçam a proliferação do vírus, como estádios, teatros e academias.

Todavia, no dia 29.09.2021, o desembargador da 3ª Câmara Criminal do TJRJ, Paulo Rangel, suspendeu liminarmente o passaporte de vacinação no município sob o argumento de que se estaria violando o princípios da liberdade de locomoção e que haveria verdadeira perseguição aos não vacinados, o que o julgador designou de “ditadura sanitária”<sup>13</sup>.

Ainda, o desembargador comparou o passaporte vacinal ao genocídio nazista cometido contra o povo judeu: “Outro que sabia bem incutir no povo o medo dos inimigos foi Hitler, que através da propaganda nazista, incutiu na população o medo dos judeus e dos ciganos. Era preciso aniquilá-los para se defender”.<sup>14</sup>

11 KRITZ, Fran. **The Vaccine Passport Debate Actually Began In 1897 Over A Plague Vaccine**. Disponível: <<https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2021/04/08/985032748/the-vaccine-passport-debate-actually-began-in-1897-over-a-plague-vaccine>>. Acesso em: 01 de nov. 2021

12 ROMERO-LUENGO, Ana Maria. **Saiba que países estão adotando 'passaporte da vacina' para suspender restrições**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adotando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>>. Acesso em: 1 de nov. 2021.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0069278-54.2021.8.19.0000**. Relator: Des. Paulo Rangel, 2021. p. 4.

14 Ibid. p. 5.

Ao final, argumenta o desembargador que o passaporte vacinal instituído por decreto regulamentar viola o princípio da legalidade contido no inc. II do art. 5 da CRFB, eis que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Todavia, como bem aponta Flávio Martins nesse ponto, a argumentação jurídica do magistrado é frágil, eis que o art. 5 faz referência à legalidade em sentido amplo, abrangendo atos normativos primários e secundários. Nesse sentido:

Portanto, como prevê a Constituição (art. 5º, II), “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Indaga-se: essa “lei” a que a Constituição se refere, é lei no sentido amplo ou lato (qualquer ato normativo do poder público, envolvendo decretos, portarias, resoluções, medidas provisórias etc.) ou lei no sentido estrito (um ato emanado do Poder Legislativo)? A expressão “lei” do art. 5º, II, da Constituição Federal se refere à lei no sentido lato ou amplo. Assim, é possível que sejamos obrigados a fazer algo, por conta de uma medida provisória, por exemplo. A Medida Provisória n. 2.198, de 24 de agosto de 2001 (que estabeleceu o programa de enfrentamento da crise energética), determinou que todos economizassem 20% de sua energia elétrica. Da mesma forma, a Prefeitura de um Município poderá, por ato normativo (resolução, portaria etc.) da Secretaria de Transportes, reduzir a velocidade máxima permitida em algumas vias públicas. As pessoas serão obrigadas a dirigir seus veículos naquela velocidade, sob pena de multa.<sup>15</sup>

Lenio Luiz Streck, ao comentar o caso, afirma que a decisão do magistrado não se sustenta em termos de argumentos de princípios, eis que é “uma ‘meta-regra não admitida juridicamente’, porque é uma decisão que garante um direito fundamental à não-vacinação”, concluindo que “para que o Direito possa dizer que isso não é admitido pelo Direito. A decisão é judicial. Mas não é jurídica. E é esse o grande busílis.”<sup>16</sup>

A decisão, após inúmeras críticas, foi objeto da Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 824/RJ, contracautelar ajuizada perante o STF pela Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro. A cautelar para suspensão da decisão liminar proferida nos autos do HC nº 0070957-89.2021.8.19.0000 fora deferida pela presidência do STF sob o argumento de que a competência comum e concorrente dos entes federados já havia sido decidida pela Corte com base da predominância dos interesses, o que depois se confirmou na decisão final redigida nos seguintes termos:

*Ex positis*, acolho o pedido de extensão formulado e determino a suspensão da decisão liminar proferida nos autos do Habeas Corpus nº 0070957-89.2021.8.19.0000, em curso perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 49.335, de 26 de agosto de 2021, do Prefeito do Rio de Janeiro, até ulterior decisão nestes autos. Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo grau que afaste a incidência das medidas restritivas previstas no Decreto nº 49.335, de 26 de agosto de 2021, do Prefeito do Rio de Janeiro.<sup>17</sup>

15 MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. p. 365.

16 STRECK, *op. cit.* p. 2.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA (STP) 824**. Relator: Ministro Presidente, DF, 01 de outubro de 2021. Publicação DJe: 04/10/2021. Disponível em: <[stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7](http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7)>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

Destarte, analisado o tratamento dado pelo STF tanto em relação à vacinação obrigatória como ao passaporte vacinal, faz-se necessário discutir o latente conflito de princípios fundamentais existentes nos dois casos: a liberdade individual contra a saúde coletiva.

## 4. O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1. HÁ VERDADEIRO CONFLITO DE PRINCÍPIOS?

Anteriormente à análise do conflito entre os princípios constitucionais, é preciso realizar a seguinte indagação: a liberdade individual e a saúde coletiva são, verdadeiramente, princípios em termos jurídicos? Para responder a essa questão, é preciso compreender a distinção entre duas formas de normas jurídicas, isto é, a regra e o princípio. A norma jurídica, a qual se diferencia da norma moral em essência, é extraída de textos a partir de um processo de interpretação normativa; sendo assim, a norma jurídica pode se revestir do caráter de regra ou de princípio. Segundo Virgílio Afonso da Silva,<sup>18</sup> a distinção entre regras e princípios assume duas grandes correntes explicativas: a diferenciação em quantidade e em qualidade, a depender da posição jusnormativa que se adote.

Pela concepção brasileira dominante,<sup>19</sup> filiada à distinção quantitativa, os princípios podem ser entendidos como um tipo de norma mais genérica, abstrata e fundamental do que as regras. Exemplifica-se: enquanto o princípio da presunção de inocência, contido no art. 5, inc. LVII, da CRFB, é, para essa visão, um princípio, pois mais genérico, abstrato e fundamental em termos de garantias processuais penais, o art. 242, § 2, da mesma Constituição, pelo qual “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” seria uma regra, eis que menos genérico, abstrato e fundamental ao ordenamento jurídico.

Em que pese os méritos da distinção quantitativa, com o advento dos escritos de Ronald Dworkin e Alexy no cenário nacional, ambos filiados a uma concepção jusfilosófica pós-positivista, difundiu-se a percepção de que as regras e princípios poderiam ser distinguidas também em qualidade, posição adotada neste artigo. Conforme bem sintetiza Virgílio Afonso da Silva:

“Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil.”<sup>20</sup>

18 DA SILVA, Virgílio Afonso. **Mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003. p. 2.

19 SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 2010. 345 f. Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 11.

20 Ibid. p. 3.

Ronald Dworkin, no livro *Taking Rights Seriously*, formula a sua teoria a partir da crítica ao positivismo inclusivista de Herbert Hart. Este, mesmo aceitando a entrada de princípios morais no sistema jurídico caso a regra de reconhecimento assim permita, peca, segundo Dworkin, ao não analisar os *hard cases* à luz de tais princípios. Existindo no sistema jurídico só as regras, Hart acaba sucumbindo à arbitrariedade judicial.

Para Dworkin, a regra possui somente uma dimensão de validade: vale ou não vale. Se vale, deve ser aplicada; se não vale, a regra deve ser extirpada do ordenamento a partir dos critérios de antinomia jurídica.<sup>21</sup> Já os princípios têm outra dimensão, isto é, a dimensão de peso: pesam mais ou pesam menos. Em outras palavras, para Dworkin o princípio que for mais importante para resolução do caso concreto deve prevalecer. Se o princípio for considerado o menos importante para resolução do caso, somente não será aplicado, não se vislumbrando qualquer retirada de seu caráter normativo dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é forçoso retomar a ideia de Dworkin do que seria um Estado de Direito, o qual o autor entende haver duas concepções distintas. A primeira se relaciona a concepção “centrada no texto legal” e teria como característica principal o fato de que o poder estatal nunca deveria ser exercido em face dos cidadãos individuais, senão em conformidade com as regras explícitas. O foco dessa percepção, portanto, seria uma concepção restrita de que o Estado deve seguir suas próprias regras. Já pela segunda concepção, denominada de “centrada nos direitos”, pressupor-se-ia que os cidadãos teriam uma correspondência de direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Tal vertente é, para Dworkin, a melhor aceção ao Estado de Direito.<sup>22</sup> Destarte, bem aponta Karam e Sampaio que:

Dworkin oferece uma resposta a essas indagações. Analisando as possibilidades e os limites da prática judicial norte-americana, Dworkin resgata o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostra-nos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Não no sentido defendido pelo positivismo que atribui aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Neste sentido, essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequação aos princípios constitucionais, em uma perspectiva passada, presente e futura.<sup>23</sup>

Dessa forma, se para Hart o ordenamento se esgota nas regras primária e nas regras secundárias de mudança, adjudicação e reconhecimento, estas consideradas como soluções necessárias para a vagueza, ambiguidade e incerteza das regras

21 Ibid. p. 6.

22 DWORKIN, 2000, *op. cit.* p 6-7.

23 CHUEIRI, Vera Karam de; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão De Tutela Antecipada N. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, volume 5, p. 045-066, jan. de 2009. p. 46.

primárias, Dworkin qualifica a discussão com a ideia do princípio jurídico, necessária para que o julgador não “crie” direito de acordo com as suas convicções pessoais. É exatamente pela concepção de Estado centrado no direito que Dworkin afirma que juízes devem atribuir maior importância a um princípio, em detrimento de outro, no caso concreto.<sup>24</sup> Assim, conforme a tese de direito como integridade, o ordenamento que entenda a ideia de princípios sempre deverá sempre apresentar respostas corretas aos problemas, não sendo necessário sucumbir à discricionariedade judicial.

Pela mesma via qualitativa, Robert Alexy aduz em sua clássica obra *“Theorie der Grundrechte”*<sup>25</sup> que as regras devem ser compreendidas como deveres definitivos, enquanto os princípios são deveres *prima facie*. Como exemplo, Alexy coloca uma situação hipotética: o indivíduo A havia se comprometido a ir à festa do indivíduo B, todavia, o indivíduo C, amigo de A, acidentou-se gravemente. Nessa situação hipotética, o comprometimento de A com B é tão somente um dever *prima facie* - como são os princípios - já que o grau de sua realização pode variar de acordo com o caso concreto.

Alexy entende, assim como Dworkin, que o conflito de regras deve ser resolvido pelos critérios de antinomia. Todavia, para se resolver conflitos entre princípios, ou “mandamentos de otimização em face de possibilidade jurídica e fática”<sup>26</sup> a ser realizado da melhor forma possível, Alexy adota o método de ponderação. Diferentemente de Dworkin, Alexy cria uma verdadeira fórmula matemática para aplicação de seu método, nomeando-a de teste da proporcionalidade em sentido amplo, que será estudada no tópico seguinte.

Opte-se, no presente trabalho, pela fórmula de Alexy a fim de identificar os princípios e ponderá-los. Conforme atesta Hachem, apesar do pioneirismo de Dworkin em analisar qualitativamente a diferenciação entre princípios e regras, o método criado por Alexy é operacionalizado de maneira mais explícita e funcional:

Em que pese o pioneirismo de Dworkin na adoção do critério da estrutura lógico-normativa para diferenciar princípios de regras, a concepção de Alexy de princípio como mandamento de otimização e as suas propostas para resolução de conflitos através da técnica da ponderação e do recurso à proporcionalidade parecem ter alcançado maior recepção na doutrina brasileira. E isso se deu especialmente pela utilidade da sua fórmula em matéria de direitos fundamentais.<sup>27</sup>

Dessa forma, resta a dúvida: a liberdade individual (*caput* do art. 5 da CRFB, que abrange as liberdades de pensamento, expressão, consciência e reunião contidas nos incisos do artigo) e a saúde coletiva (art. 196 da CRFB) são princípios à luz da teoria de Alexy? E, se princípios, podem entrar em rota de colisão? Entende-se aqui que sim, vez que a liberdade individual e saúde coletiva são deveres *prima facie*, havendo a possibilidade de gradação na realização de ambos a depender da

24 DWORGIN, 2000, *op. cit.* p. 16.

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

26 *Ibid.* p.117.

27 HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Capítulo: A compostura jurídica do princípio. 126.

situação concreta, seja pela (i) possibilidade de entrar em rota de colisão com outros mandamentos constitucionais, (ii) sofrer restrições na legislação infraconstitucional e (iii) lograr autolimitações em suas previsões normativas.

#### 4.2. O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Em atenção ao teste da proporcionalidade em sentido amplo de Alexy, para que se logre a autolimitação de algum princípio é necessário que se aplique as três máximas parciais do método da proporcionalidade em sentido amplo: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). Assevera-se que, segundo o autor,<sup>28</sup> tais etapas são sucessivas e subsidiárias, isto é, devem ser aplicadas na ordem em que são apresentadas.

Pelo primeiro teste, isto é, o da adequação, propõe-se um exame absoluto do ato. Portanto, deve-se realizar a seguinte pergunta: a medida de restrição é meio apto a alcançar ou ao menos fomentar os objetivos constitucionais pretendidos? Já pelo segundo teste, o da necessidade, cabe a indagação: a medida que está sendo adotada é o meio menos gravoso para realizar o objetivo constitucional? Por fim, em relação ao terceiro teste, a proporcionalidade em sentido estrito, o operador deve realizar a seguinte pergunta: a restrição ao direito preterido é compensada pela promoção do direito que vai prevalecer? Para tanto, deve-se utilizar a fórmula proposta por Alexy: " $W_{ij} = I_i \cdot W_i \cdot R_i / I_j \cdot W_j \cdot R_j$ "<sup>29</sup>

Nessa toada, importante é o aviso de Rafael Bellem de Lima<sup>30</sup> de que o teste da proporcionalidade em sentido amplo não pode ser usado como mero artifício retórico para justificar uma decisão, isto é, como um método de sofisticar e enfeitar uma posição em favor de um princípio em detrimento de outro. A bem da verdade, as três máximas precisam ser aplicadas em ordem e com cautela, sob pena de distorcer a teoria proposta por Alexy.

Dessa forma, a adequação e necessidade são etapas quase que preliminares para aplicação de fórmula matemática proposta na terceira fase do teste por Alexy. Isso porque, conforme o jurista alemão, é preciso a avaliação da adequação e da necessidade no conflito para, aí então, em caso positivo, aplicar a proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula dos pesos.

Em relação à adequação, pergunta-se: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal são restrições à liberdade individual aptas a alcançar o objetivo constitucional? Se considerarmos que o art. 3, IV da CRFB traz como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, e considerando que a vacinação no Brasil, comprovada cientificamente, vem reduzindo as mortes ocasionadas pelo COVID-19,<sup>31</sup>

28 Ibid. p. 103.

29 Ibid. 117-118.

30 LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. *Journal of Institutional Studies* 1. Rio de Janeiro, v. 6, n.1., p. 184-206, jan./abr. 2020.

31 GLOBO. **Graças à vacinação, diminuição de casos graves e mortes por Covid muda a rotina dos hospitais do país.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/11/14/gracas-a-vacinacao-diminuicao-de-casos-graves-e-mortes-por-covid-muda-a-rotina-dos-hospitais-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. 2021.



é possível afirmar que os meios são adequados e aptos para os fins pretendidos: o fim da pandemia e a promoção do bem de todos.

Já pelo critério da necessidade, faz-se o seguinte questionamento: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal são os meios menos gravosos para levar à diminuição de mortes pela COVID-19? Responde-se afirmativamente, eis que a outra opção, para além da vacinação obrigatória e a consequente instituição do passaporte vacinal, seria exatamente obrigar o cidadão a se vacinar à força, o que não estaria de acordo com a menor onerosidade do meio possível para realização do objetivo final. Nesse sentido, é cediço relembra o voto do Min. Ricardo Lewandowski nas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, no qual se afirma que “afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento.”<sup>32</sup>

Por fim, quanto à terceira máxima, deve-se perguntar: a restrição à liberdade individual é compensada pela promoção da saúde pública? Para responder tal questão, é necessário observar a advertência de Alexy no sentido de que nessa etapa do teste, caso seja envolvido o princípio da liberdade individual, “a lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente”.<sup>33</sup> Destarte, é possível afirmar que a restrição à liberdade individual é compensada pela promoção da saúde coletiva, isso porque a diminuição do âmbito de atuação da liberdade individual para fins de combate ao COVID-19 é interferência menos agressiva para concretização da saúde coletiva, o qual depende da vacinação de todos os cidadãos. Em outras palavras, a limitação da liberdade individual é contrabalançada pela diminuição no número de infecções e mortes relacionadas ao COVID-19, que concretiza o direito à saúde coletiva e o objetivo constitucional do bem coletivo.

Por conseguinte, após análise do conflito de princípios à luz da proporcionalidade em sentido amplo, conclui-se que a saúde coletiva, nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal, prevalece em relação à liberdade individual, o qual deve ter o seu núcleo de abrangência diminuído enquanto perdurar a pandemia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos tópicos examinados, após análise da Lei 13.979/2020, das decisões do STF sobre a temática e a colisão dos princípios, chega-se à conclusão de que a hipótese inicial levantada fora confirmada, qual seja a de que direito à saúde coletiva deve prevalecer sobre a liberdade individual nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal. Isso porque a restrição do princípio da liberdade individual é justificada nos termos do teste da proporcionalidade em sentido amplo, sendo

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão - ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020 Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021. p. 12.

33 ALEXY, 2008, *op. cit.* p 252.

adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) enquanto durar a pandemia de COVID-19.

Todavia, tal conclusão não deve ser entendida como respaldo para a supressão da liberdade individual no ordenamento jurídico. Como deixa bem claro Alexy,<sup>34</sup> a sobreposição de um princípio em relação a outro, no caso concreto, não extirpa do ordenamento a existência do princípio suprimido, podendo este entrar em nova rota de colisão com tantos outros. A bem da verdade, a análise do conflito de mandamentos de otimização é sempre casuística, não devendo ser esperado que o princípio que prevaleceu em determinado caso deverá também prevaleça em todos os outros.

Por fim, atesta-se que o presente trabalho não pretendeu esgotar o tema sobre a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal à luz do conflito dos princípios constitucionais da liberdade individual e da saúde coletiva. Aspirou-se, na verdade, traçar um norte argumentativo com o fim de qualificar o debate.

Assim, enquanto a pandemia de COVID-19 persistir na vida cotidiana brasileira, muitas questões sobre princípios ainda precisarão ser respondidas pelos operadores e estudiosos do direito.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.267.879/SP**. Recte: A. C. P. C. Relator: Min. Roberto Barroso, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 18/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA (STP) 824**. Relator: Ministro Presidente, DF, 01 de outubro de 2021. Publicação DJe: 04/10/2021. Disponível em: <[stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7](http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7)>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0069278-54.2021.8.19.0000**. Relator: Des. Paulo Rangel, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão De Tutela Antecipada N. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, volume 5, p. 045-066, jan. de 2009.

CORREIO BRAZILIENSE. **Pais podem perder a guarda caso não vacinem os filhos? Especialistas opinam**. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/01/14/interna-brasil.820424/pais-podem-perder-a-guarda-caso-nao-vacinem-os-filhos-especialistas.shtml>>. Acesso em: 01 de out. 2021.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

34 Ibid. p. 200.

GLOBO. **Graças à vacinação, diminuição de casos graves e mortes por Covid muda a rotina dos hospitais do país.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/11/14/gracas-a-vacinacao-diminuicao-de-casos-graves-e-mortes-por-covid-muda-a-rotina-dos-hospitais-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRITZ. Fran. **The Vaccine Passport Debate Actually Began In 1897 Over A Plague Vaccine.** Disponível: <<https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2021/04/08/985032748/the-vaccine-passport-debate-actually-began-in-1897-over-a-plague-vaccine>>. Acesso em: 01 de nov. 2021

LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. **Jounal of Institutional Studies** 1. Rio de Janeiro, v. 6, n.1., p. 184-206, jan./abr. 2020.

MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. p. 365.

ROMERO-LUENGO, Ana Maria. **Saiba que países estão adotando ‘passaporte da vacina’ para suspender restrições.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adotando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>>. Acesso em: 1 de nov. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral.** Curitiba, 2010. 345 f. Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 11.

SILVA, Virgílio Afonso da. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lênio. **Um algoritmo não daria uma decisão proibindo passaporte de vacina.** Disponível em: <[conjur.com.br/2021-set-30/lenio-streck-algoritmo-nao-proibiria-passaporte-vacina](https://conjur.com.br/2021-set-30/lenio-streck-algoritmo-nao-proibiria-passaporte-vacina)>. Acesso em: 01 de nov. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Painel de Ações COVID-19.** Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (orgs.) **Direito e Experiências Jurídicas: debates práticos.** Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 2.

VIEIRA, Anderson. **Senadores apresentam projetos tornando obrigatório o certificado de vacinação.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/29/senadores-apresentam-projetos-tornando-obrigatorio-o-certificado-de-vacinacao>> . Acesso em: 10 de nov. de 2021.