

Opinião: A constitucionalidade do passaporte de vacinação (Parte 1)

06/01/2022

1) Liberdades públicas essenciais de vacinados e não vacinados

O individual direito de ir e vir precisa ser limitado *hoje* como meio de garantir a locomoção coletiva de *amanhã*. A validade dos denominados "certificados de imunização" (ou "passaportes de vacinação da Covid-19") como condição ao exercício de liberdades tem levado a discussões jurídicas e éticas. Isso não só no Brasil, como em todo o mundo. Debatem-se os limites da restrição a direitos fundamentais na defesa da saúde pública.



A Organização Mundial da Saúde tem publicado

orientações [1] sobre ajustes de medidas sociais e de saúde pública, como respostas para o combate à Covid-19. Os documentos, físicos ou digitais, que certificam estar o indivíduo "livre de risco" conferem a permissão de viajar, retornar ao trabalho ou participar de eventos sociais — principalmente aqueles que geram aglomerações. A ideia dos tais passaportes seria uma declaração antecipada de que estariam os detentores "mais" protegidos contra a (re)infecção. Dito de outro modo: presume-se que os não vacinados tenham maior chance de adoecer ou de se tornarem vetores assintomáticos da doença.

A partir de tais premissas fáticas, chegaremos à conclusão de que as autoridades sanitárias podem, e até devem, se valer dos mecanismos do direito para bloquear a ampliação do número de infectados. Considerando o Parecer nº 00149/2021/SGCT/AGU, prolatado com força executória pela Advocacia-Geral da União, a Presidência da República expediu a Portaria Interministerial nº 663, de 20 de dezembro de 2021, que estabelece a obrigatoriedade do passaporte vacinal, vedando a entrada no território nacional de quem não tenha o esquema vacinal completo (nos padrões aceitos pelos órgãos de controle). O tema é relevante e vamos dele tratar a partir de precedentes nacionais e estrangeiros que já versaram sobre a restrição individual a direitos diante do interesse em garantir a saúde coletiva.

2) A obrigatoriedade vacinal: um importante precedente nos EUA

Na clássica decisão de 1905, em *Jacobson v. Massachusetts* (197 U.S. 11,12 — 1905), a

Suprema Corte de Massachusetts reconheceu a constitucionalidade de lei estadual que autorizava a imposição de vacinação obrigatória contra a varíola para quase todos os residentes da cidade de Cambridge, Massachusetts. O tribunal decidiu que tais normativas faziam parte do "poder de polícia" do Estado e que, dessa forma, não violariam o direito à liberdade protegido pela cláusula do devido processo previsto na 14^a emenda da Constituição norte-americana.

Embora, na época, a lei admitisse o pagamento de multa aos que optassem por não se vacinar, o ponto central da decisão judicial foi no sentido de que o Estado tinha o poder de submeter todos à obrigação de se vacinar; eventual exceção admitida para a obrigação seria se o indivíduo não estivesse no grupo eletivo ou se houvesse prova de que a vacinação prejudicaria seriamente sua saúde ou poderia causar sua morte. Para o tribunal, a obrigatoriedade de se vacinar e a exigência do passaporte da vacina não daria origem a problemas de natureza constitucional, a menos que envolvesse alguma discriminação "inconstitucional" com base em características ilegítimas como raça, sexo ou religião.

Em interessante trabalho publicado na "*Public Law and Legal Theory Paper Series da University of Virginia School of Law*", nos Estados Unidos, há a informação de que as ações judiciais que tramitaram naquele país (analisadas até agosto de 2021), debatendo a constitucionalidade das normas que obrigavam as pessoas a se vacinarem ou que exigiam a comprovação da vacinação, inclusive por universidades públicas, foram julgadas improcedentes [2].

3) O regime brasileiro de liberdades e sua interpretação

As liberdades foram incluídas na primeira Constituição republicana do Brasil independente, quando se assegurou a brasileiros e a estrangeiros "*residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade*" (artigo 72 da CF/1891). Da mesma forma, isso se repetiu nas Constituições que se seguiram. As liberdades tiveram mesmo um maior destaque nas Constituições promulgadas após governos autoritários. Isso aconteceu, por exemplo, com a nossa Constituição de 1946. Na época de sua constituinte, "*o desejo de exaltarem-se as liberdades públicas estava latente naqueles constituintes que sofreram as agruras da ditadura getulista. Os adeptos e áulicos do governo autoritário também não se opunham à elaboração de uma carta política que desse sentido e vida à liberdade. Evidentemente que a maior parte dos constituintes era formada de homens conservadores, mas não se colocavam como óbices à plenitude e à consagração das liberdades*" [3].

Da mesma forma, a nossa festejada Constituição Cidadã de 1988 não poderia, dentro de um processo de redemocratização, deixar de dedicar um capítulo específico para o vasto rol de direitos fundamentais que ali foram consagrados na forma de princípios ou de regras. Oportunidade em que o Estatuto do Cidadão foi topograficamente alocado logo na abertura do texto de 88.

É evidente que nenhuma liberdade é absoluta. A vida em sociedade exige limites, restrições aos direitos fundamentais. Essas restrições podem ser, em sentido amplo, de um lado, decorrentes das intervenções fáticas sobre direitos fundamentais e que podem nascer do respeito aos direitos fundamentais dos demais sujeitos. Tal hipótese está prevista, inclusive, no artigo 32.2. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece que os direitos de cada

pessoa se encontram limitados pelos direitos dos outros, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum em uma sociedade democrática.

De outro lado, existem as restrições formais decorrentes de leis e de atos normativos legítimos. Tais restrições podem estar expressas na própria Constituição ou podem ser implícitas (restrições indiretamente constitucionais), que são aquelas cujas imposições se encontram autorizadas pela Constituição. Conhecidas como cláusulas de reserva explícitas, são disposições jusfundamentais ou partes de suas disposições que autorizam expressamente restrições ou outras intervenções.

É certo que a nossa Constituição Federal de 1988 não previu fórmulas de como instituir formalmente as restrições a esses direitos, diferentemente das Constituições da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn, que, respectivamente, em seus artigos 18 e 19 trataram dos denominados "limites dos limites" dos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*, no Direito alemão).

Para parte da doutrina, como sustentado por Luis Prieto Sanchís, as limitações (restrições para nós) se encontram submetidas a duas circunstâncias especiais: a cláusula do conteúdo essencial do direito fundamental em questão e a exigência de justificação para a limitação.

Interessante consignar também as lições de Pieroth e Schlink, citados por Dimitri Dimoulis, e Leonardo Martins, que descrevem o papel da restrição da discricionariedade legislativa. Tais autores pontuam as categorias direta ou indiretamente positivadas no texto constitucional alemão. Entre as indiretamente positivadas estão: a) os próprios direitos fundamentais [4]; b) a reserva de lei editada pelo Parlamento; e c) o princípio do critério da proporcionalidade [5]. A doutrina e os tribunais franceses ficaram um século discutindo o que seria a essência do serviço público: se é a *utilidade*, o *interesse*, a *necessidade* ou o *impacto coletivo*, para no final concluir que é serviço público aquilo que a lei diz que é. E que em nome desse serviço a liberdade do particular cede diante das prerrogativas da administração.

A doutrina brasileira, com fundamento nos precedentes de nossa Suprema Corte, tem concluído que são limites às restrições aos direitos fundamentais: a) o princípio da legalidade, devendo-se incluir nesse item a reserva legal e a validade da norma restritiva; b) a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; c) o princípio da proporcionalidade; e d) a proibição de restrições casuístas, esta fundada no sentido de justiça, segurança jurídica e no princípio da igualdade [6].

É fato que o legislador constituinte não conseguiu e jamais conseguirá prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais. Daí porque os critérios genéricos de restrição e dos seus próprios limites têm gerado constantes discussões, e reavivado, muitas vezes, a dúvida quanto à adoção dessa teoria externa, que se encontra assentada no caráter liberal e individualista dos direitos fundamentais.

Não esqueçamos que as normas de direitos fundamentais possuem natureza de princípios, entendidos por boa parte da doutrina como "mandamentos de otimização", que devem incidir em sua máxima eficácia e que serão restritos pelas regras válidas (constitucionais ou não). As posições jurídicas definitivas somente serão identificadas, quando a norma restar visível ao

intérprete, em decorrência da aplicação da técnica da subsunção. Ou ainda quando identificado o direito definitivo após correto processo de ponderação nos casos difíceis, quando não for possível a identificação da regra.

Quando se trata da técnica da ponderação, não se cuida de um exercício fácil ao legislador, ao administrador ou ao intérprete constitucional, especialmente se não restar adotado um critério forte de distinção entre regras e princípios. Ademais, entre os limites às restrições das liberdades, o princípio da proporcionalidade parece ser o que mais apresenta dificuldade de aplicação.

4) O passaporte vacinal e a doutrina das 'condições inconstitucionais'

Para alguns juristas, as regras que impõem a apresentação de passaporte ou certificado de vacina podem ser inseridas no rol de atos de constitucionalidade suspeita, isso pela aplicação da doutrina das "condições inconstitucionais" [7].

Para a doutrina das "condições inconstitucionais", o Estado está proibido de limitar diretamente o exercício dos direitos constitucionais — em determinadas situações e sob determinados fundamentos. Isso porque qualquer regra que pretenda atingir o mesmo resultado limitativo ou restritivo, de forma indireta (oferecendo benefícios ou sujeitando os cidadãos à condição de que os destinatários renunciem aos seus direitos), também se mostrará ilegítima, inconstitucional.

Ocorre que esta doutrina vem sendo relativizada [8]. Vem passando por um processo de enfraquecimento, sob o argumento de que em certas situações, uma condição se mostra justificada ainda que venha a limitar o exercício de um direito. Em especial, quando aplicada a ideia de que existem deveres constitucionais fundamentais para a proteção dos direitos fundamentais individuais de outrem e da coletividade [9]. Nesses casos, a limitação ou restrição não importará em renúncia a um direito fundamental.

Felizmente, em decorrência da necessidade de vacinação para doenças contagiosas perigosas, não é o caso de se impor restrição a direitos fundamentais. Poucos são os debates sob o ponto de vista jurídico. No entanto, a situação da pandemia tem exigido de todos os atores do Direito, como era de se esperar para uma situação excepcional para o mundo todo, um maior aprofundamento dos argumentos jurídicos.

Transportando essas premissas ao tema em comento, podemos chegar a algumas conclusões: não há dúvida de que não parece existir maior dificuldade em se reconhecer a constitucionalidade da instituição em um país ou região administrativa de um certificado ou "passaporte" de vacinação. A dificuldade será definir quando e em quais circunstâncias se poderá exigir este ou aquele documento. É o que foi fixado pelo governo federal por meio da Portaria Interministerial nº 663, de 20 de dezembro de 2021, ao determinar às nossas autoridades de fronteira que devem considerar *"completamente vacinado o viajante que tenha completado o esquema vacinal primário há, no mínimo, quatorze dias antes da data do embarque"* e desde que possa comprovar o viajante que foram *"utilizados os imunizantes aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou pela Organização Mundial da Saúde ou pelas autoridades do país em que o viajante foi imunizado"* (elencando a portaria os dados mínimos que devem integrar o passaporte vacinal). Os "consideranda" da Portaria

Interministerial nº 663 se apoiam em importantes precedentes jurisprudenciais e estudos:

"Considerando as determinações do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 913 – Distrito Federal, que impõe às autoridades o dever de exigirem apresentação do comprovante de vacinação contra a Covid-19 de brasileiros e estrangeiros que ingressarem no País;

Considerando as determinações do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 913 – Distrito Federal estabelecendo que Portaria nº 661/2021 deverá ser interpretada nos estritos termos das Notas Técnicas nº 112 e 113/2021 da ANVISA; e Considerando o Parecer de Força Executória da Advocacia Geral da União nº 00149/2021/SGCT/AGU".

No que toca à constitucionalidade quanto à exigência de que as pessoas se vacinem, essa questão já foi enfrentada em nosso país, ainda que definidos alguns limites à vacinação obrigatória. Desde o Plano Beveridge, em 1942, aceita-se que os sistemas públicos imponham vacinações, especialmente em epidemias e pandemias, sob pena de se ter que enfrentar um problema sistêmico insolúvel. O pós-guerra foi o berço dos sistemas sociais de saúde e previdência, para que os trabalhadores ficassem obrigados a financiar a saúde coletiva e a garantia mínima de sobrevivência após a inatividade. O que se pretendeu foi evitar maiores riscos de custos sistêmicos para toda a sociedade.

A nossa Suprema Corte, no julgamento das ADIs 6.586 e 6.587, deixou bem claro que a vacinação em massa é importante para proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis, e que a *"obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas"* (STF, ADI 6586/DF e ADI 6587/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 17/12/2020).

Importante, ainda, anotar que a Excelsa Corte, ao conhecer e julgar as ADIs, deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, III, "d", da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: *"(A) 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, entre 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 (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência".*

Na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em conjunto o ARE 1.267.879, e fixar tema de repercussão geral (Tema 1103), analisou recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas. O STF negou provimento ao recurso extraordinário, assentando o entendimento de que embora a liberdade de consciência seja protegida constitucionalmente (artigo 5º, VI e VIII, CF), esse direito não é absoluto e há de ser ponderado com o direito de defesa da vida e da saúde de todos (artigos 5º e 196, CF), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (artigo 277, CF).

Por essa razão, compreendeu-se que a legislação de regência (Programa Nacional de Imunizações, Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei que trata das medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19) era razoável e proporcional. E assim o STF considerou como sendo legítimo o caráter compulsório de vacinas a crianças e adolescentes, sob o fundamento de que o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade e que, por isso, o poder familiar não autorizaria que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (STF, ARE 127879, relator ministro Roberto Barroso, j. 17/12/2020, v.u.).

Portanto, a vacinação será compulsória (e não apenas obrigatória) a esse grupo de indivíduos, a fim de atender melhor os seus interesses (em respeito aos artigos 197, 227 e 229 da CF). Aliás, quem trabalha na área da infância e da juventude bem sabe que é comum a notificação de pais que não levam seus filhos para serem vacinados, e que o descumprimento da obrigação legal pode até acarretar a mudança de guarda, suspensão ou até mesmo a destituição do poder familiar em casos extremos de omissão abusiva.

O tema de central importância, em termos de passaporte vacinal ou autorizações especiais para entrada nos países, é justamente o do exercício das liberdades privadas e seu impacto na fruição das liberdades públicas de todos. Entre a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração, necessitamos de critérios para a alocação do interesse público primário. O Direito tem realidades distintas a enfrentar e regular, que variam a depender do local e do regime aplicável em cada jurisdição. É o que vamos tratar na parte 5 deste artigo, para em seguida apresentar nossas rápidas conclusões.

Continua na **Parte 2**

[1] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331866/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Immunity_passport-2020.1-eng.pdf. Acesso em 22.11.2021.

[2] COPE, Kevin L.; SOMIN, Ilya; STREMITZER, Alexander. *Vaccine Passports as a Constitutional Right*. Disponível em <https://srn.com/abstract=3010194>. Acesso em 17.11.2021.

[3] TOURINHO, Arx. "O cinquentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas". Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 33, n. 132, out./dez. p. 122.

[4] Na lógica da limitação dialética entre poder estatal e liberdade os direitos fundamentais representam limites ao poder estatal, limites esses não absolutos, pois foram previstas no texto constitucional reservas legais além da possibilidade de direito constitucional colidente; por sua vez, os direitos fundamentais limitam a possibilidade de o legislador limitá-los para que a função limitadora em si do direito fundamental não reste sem objeto.

[5] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 151 e 152, nota 50.

[6] Vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 241-249.

[7] Clássico trabalho de Kathleen Sullivan. *Unconstitutional Conditions*. 102 Harvard Law Review, 1989, p. 1413.

[8] Edward J. Fuhr, The Doctrine of Unconstitutional Conditions and the First Amendment, 39 Case W. Rsr. L. Rev. 97 (1988-1989). Disponível em:
<https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol39/iss1/5>. Acesso em 22.11.2021.

[9] Vide. KIM, Richard Pae. "A terceira margem da liberdade". In TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). 30 Anos da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 743.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jan-06/opiniao-constitucionalidade-passaporte-vacinacao-parte/>