

A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL MEDIANTE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DA IMUNIZAÇÃO CONTRA A COVID-19

THE OBSERVANCE OF THE PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROCESS THROUGH THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH THROUGH IMMUNIZATION AGAINST COVID-19

Barbara Moreira da Silva

Graduanda em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni-MG, Brasil, E-mail: barbaramurtax3@hotmail.com;

Thaylane Gomes Ramos

Graduanda em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni-MG, Brasil, E-mail: thaylanegomesr@gmail.com;

Breno de Oliveira Pereira

Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Advogado; Professor na Faculdade Presidente Antônio Carlos, de Teófilo Otoni, Estado de Minas Gerais, Brasil. E-mail: breno.cec@gmail.com.

Resumo

O presente artigo objetiva discutir a observância do princípio da proibição do retrocesso social por meio da criação de políticas públicas voltadas à saúde, especialmente no que diz respeito à vacinação da população contra a covid-19. Para tanto, será conceituado o referido princípio e, em seguida, será explicada a fundamentalidade dos direitos sociais, de modo especial o direito à saúde, promovendo uma discussão sobre a obrigatoriedade do Estado em atuar de forma positiva na garantia de tais direitos. Em seguida, será demonstrada importância da imunização dos cidadãos brasileiros como meio garantidor do direito à saúde e impedindo o retrocesso social. Inicialmente será realizada análise bibliográfica sobre os direitos sociais e o princípio da vedação do retrocesso social. Seguidamente, será feita uma correlação entre o princípio estudado e processo de vacinação da população brasileira como meio preventivo ao risco de doença, utilizando-se de jurisprudências para demonstrar sua importância. Ao final, espera-se que considere atingido o objetivo, quando for possível visualizar que, as prestações positivas do Estado e a construção e estruturação de políticas públicas no âmbito da saúde, como exemplo a vacinação, são formas de evitar um retrocesso na esfera dos direitos sociais. Do mesmo modo, se faz importante compreender que a máxima eficácia do princípio do retrocesso social constitui meio de avanço na efetivação do direito sanitário no Brasil.

Palavras-chave: Direitos sociais; retrocesso social; direito à saúde; imunização; covid-19.

Abstract

This article aims to discuss the observance of the principle of prohibition of social retrogression through the creation of public policies aimed at health, especially with regard to the vaccination of the population against covid-19. To that end, the aforementioned principle will be conceptualized and, then, the fundamentality of social rights will be explained, in particular the right to health, promoting a discussion about the State's obligation to act positively in guaranteeing such rights. Then, the importance of immunizing Brazilian citizens will be demonstrated as a means of guaranteeing the right to health and preventing social regression. Initially, a bibliographic analysis will be carried out on social rights and the principle of prohibition of social retrogression. Then, a correlation will be made between the studied principle and the vaccination process of the Brazilian population as a preventive measure against the risk of disease, using jurisprudence to demonstrate its importance. In the end, it is expected that it will consider reaching the objective, when it is possible to visualize that, the positive benefits of the State and the construction and structuring of public policies in the scope of health, such as vaccination, are ways to avoid a setback in the sphere social rights. Likewise, it is important to understand that the maximum effectiveness of the principle of social retrogression is a means of advancing the enforcement of health law in Brazil

Keywords: Social rights; social setback; right to health; immunization; covid-19.

1. Introdução

O presente estudo se torna relevante considerando o crescimento de ideais cada vez mais individualistas, aliado a representações que ovacionam a ideia de liberdade. Ocorre que, diante deste fato, observou-se uma carência de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais, afetando notadamente a população mais vulnerável (econômica e social).

O terreno se torna fértil para tal debate quando se analisa a postura Estatal diante do cenário pandêmico vivenciado. Isto é, averiguando a manutenção das garantias instituídas pela Constituição Federal Brasileira, dentre elas, o desenvolvimento de políticas públicas que diminuam o risco à saúde, instaurando mecanismos que promovam a garantia do direito do cidadão, ressaltando o dever de agir do Estado.

Sendo assim, o que se propõe é uma discussão teórica quanto à concepção do princípio da vedação ao retrocesso social na qualidade de garantidor do direito social à saúde, verificando a sua observância diante das medidas de enfrentamento à Covid-19 adotadas pelo governo brasileiro, especialmente no que se refere à imunização contra a doença.

A concretização dos direitos sociais depende de uma atuação positiva do Estado de natureza prestacional, havendo, inclusive, uma obrigação deste em dar aos mesmos maior eficácia. Dessa forma, espera-se demonstrar que a operacionalização da imunização da população brasileira constitui uma política pública estatal para garantir a prevenção do risco à doença e outros agravos, conforme estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Brasileira e, dessa forma, respeitar o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Para isso, serão analisados o conceito e os objetivos do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, relacionando-os com a obrigatoriedade do Estado em promover medidas de promoção à saúde pública, nos termos dos mandamentos constitucionais. Não obstante, será demonstrado que a vacinação é um dos meios mais eficazes para a prevenção de doenças, inclusive no momento pandêmico atual.

Por conseguinte, a fim de alcançar a compreensão acerca do tema abordado, será feita uma análise acerca dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando a necessidade de realização de prestações positivas por parte do Estado para efetivá-los.

Em sequência, o princípio em questão será delineado a partir de sua gênese de modo a justificar, efetivamente, sua concepção e importância no sistema normativo jurídico brasileiro.

Por fim, será feita uma correlação entre o contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov.2), a operacionalização da imunização da população contra a covid-19 e a garantia do direito social e fundamental à saúde, enfatizando os diversos dispositivos constitucionais que o regem.

2. Os Direitos Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social

Inicialmente, faz-se necessário destacar, conforme bem explicitado por Osvaldo Ferreira de Carvalho (2017), que o Estado de Direito se limitou a resguardar direitos de ordem negativa, notadamente os direitos à liberdade e à propriedade, não havendo, até o momento, a promoção de intervenções estatais na ordem social e econômica.

De fato, a configuração do Estado Social e Democrático de Direito veio mais tarde, produto de lutas de classes pautadas em influências socialistas. Dessa forma, buscava-se a “fundamentalização” dos direitos sociais, exigindo-se atuações positivas

estatais a fim de garantir a denominada igualdade material. (CARVALHO, 2017).

Nesse sentido, ensinou Pedro Lenza (2019, p.1320):

Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

No mesmo entendimento dispõe Jorge Reis Novais (apud CARVALHO, 2017, p. 169/170):

[...] ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de caráter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.

Os Direitos Sociais, quais sejam, os direitos de segunda dimensão, estão dispostos na Constituição Federal no Capítulo II (art. 6º ao 11) do Título II que versa acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais. Enquanto isso, o art. 5º, §1º, confere a estes aplicação imediata, permitindo sua implementação através de técnicas de controle (mandado de injunção ou ADO - ação direta de inconstitucionalidade por omissão), quando verificada a inércia legislativa em relação ao tema (LENZA, 2019).

Conforme a linha de raciocínio exposta, corrobora-se, portanto, a fundamentalidade dos direitos sociais, não só por sua localização dentro da CF/88, mas principalmente por sua aplicação imediata e independência quanto a regulamentação por meio de leis infraconstitucionais, desta maneira, os direitos desempenham o papel de limite, de modo a impedir que a ação legiferante venha a infringir direitos já garantidos constitucionalmente (SARLET, 2012).

Felipe Derbli (2007, p.145), tendo como base a obra de Joaquim José Canotilho, explicou o princípio da vedação ao retrocesso social sob a ideia de proibição de contrarrevolução social, ou seja:

os direitos sociais e econômicos, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, [...] justificando a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas conquistas sociais.

No que diz respeito à existência e, por conseguinte, aplicação do princípio em

análise no ordenamento jurídico pátrio, faz-se imprescindível recorrer às lições de Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 115), que lista argumentos passíveis de fundamentar a sua existência, sendo eles: a) a supremacia da Constituição; b) a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; c) os princípios estruturantes do Estado Constitucional; e d) a internacionalização dos direitos fundamentais.

Primeiramente, quanto à supremacia da Constituição, Netto (2010, p. 116) nos ensina que:

A afirmação da supremacia da Constituição pode ser compreendida como a compleição do processo de implantação do Estado de Direito. A separação de poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais, que inicialmente sustentaram aquela noção e construção, vieram a ser complementadas pela supremacia da Constituição; há matérias cuja sede é a Constituição, obra do poder constituinte, intocável pelos poderes constituídos. Com isto, enfatiza-se que o Estado não faz todo o Direito nem tem disponibilidade integral sobre a ordem jurídica, nasce disciplinado juridicamente por uma Constituição que lhe baliza a atuação.

No que diz respeito à dita máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, Netto (2010, p. 120) mais uma vez nos socorre:

Intimamente ligada com a supremacia da Constituição, surge a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais. Se as normas constitucionais, como normas do topo da hierarquia jurídica, já desfrutam das consequências desta sua posição, impondo-se como parâmetro inafastável para a produção normativa e quaisquer outras condutas estatais, as normas de direitos fundamentais desfrutam de um plus, como diz Ingo Wolfgang Sarlet, uma “força jurídica reforçada ao nível da Constituição”.

Pode-se considerar que se trata de um princípio que rege a interpretação das normas, visando a conferir-lhes a máxima eficácia, e sua aplicação, que exige a atuação dos poderes estatais para a sua concretização.

Outrossim, o professor Luís Roberto Barroso (2018, p. 300/301) é categórico ao explicitar a atribuição às normas constitucionais o status de norma jurídica, consagrando a denominada força normativa da constituição. Doutro modo, superou-se a ideia de que a Constituição se trata única e exclusivamente de um documento político, ficando a sua concretização ao arbítrio de legisladores e administradores. Assim sendo, atribuiu-se às Constituições uma certa imperatividade, obrigando o Estado a, além de atuar conforme os ditames constitucionais, prestar-se a concretizar os direitos ali dispostos.

Quanto aos princípios estruturantes do Estado Constitucional, Pinto e Netto sustenta a existência, em um Estado Constitucional, de princípios estruturantes, que coexistem e justificam o caráter constitucional um dos outros. Neste diapasão diz que:

Como princípios estruturantes do Estado Constitucional, reconduzíveis a um princípio unitário maior do Estado Social e Democrático de Direito, apresentam-se profundamente interligados, deixam transparecer sua incidência na vertebração da ordem jurídica fundada e dirigida pela dignidade da pessoa humana. (NETTO, 2010)

Aliado a isso está o princípio da segurança jurídica, delimitado por Rafael Maffini (apud CARVALHO, 2017, p. 251) que diz que:

O princípio da segurança jurídica decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade e confiança, o que necessariamente ocorre ante a conjugação de várias normas jurídicas, dentre as quais se poderia mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança, dentre outras tantas (regras, princípios e postulados) que dão conformação ao sobreprincípio da segurança jurídica ao ser, todavia, mais do que simples conjugação de tais subprincípios para alcançar uma noção de instrumento de justiça social.

Por fim, Pinto e Netto (2010) leciona que a internacionalização dos direitos fundamentais representa marco fundamental quando se trata da vedação de retrocesso social, uma vez que cada vez mais as violações a direitos fundamentais estão extrapolando a ordem nacional, passando a figurar cada vez mais no plano das relações internacionais.

Diante do exposto, restou-se demonstrado de forma cristalina que tais argumentos se fazem imprescindíveis, de modo a compor o denominado Estado Constitucional ligando, de maneira intrínseca, à vedação de retrocesso social, servindo, pois, como base para a sua fundamentação.

3. O Direito Social e Fundamental à Saúde

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (SEGRE e FERRAZ, 1997, p. 539). Desse conceito extraímos a existência de uma condição positiva, qual seja, a promoção do bem-estar, e uma condição negativa, indicada pela ausência de enfermidade.

As Constituições brasileiras anteriores trouxeram algumas normas relacionadas à saúde, mas foi a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 que o direito à saúde foi enfim positivado, conferindo ao direito social e fundamental, sua devida importância. Expressa no rol do artigo 6º, a saúde está elencada entre os

demais direitos sociais, sendo mais aprofundada nos artigos 196 a 200, no capítulo que trata acerca da Ordem Social.

Conforme disposto em nossa Carta Magna, o Estado é obrigado a garantir o direito à saúde à população, devendo efetivá-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem: a) a redução do risco de doença e de outros agravos, seguindo o caminho da prevenção de doenças e quaisquer outras situações que possam afetá-la, e; b) ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ou seja, todo ser humano, independente de cor, raça, credo, religião ou qualquer outra distinção, tem direito à saúde, pelo simples fato de ser cidadão (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Rocha (1999, p.125) assevera que a:

reorganização política internacional em meados do século XX com a criação da Organização Mundial de Saúde (1946) a saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, credo crença política, condição social ou econômica, e conceituada como pleno bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos.

Ademais, a Constituição Federal determina que as políticas públicas que visem à redução dos riscos à saúde, devem recorrer à medicina preventiva tanto quanto recorrem à medicina curativa, através do esclarecimento e educação da população nos aspectos que envolvem a higiene, o saneamento básico, as condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável e quando se fizer necessário, nas campanhas de vacinação, demais medidas inerentes a saúde pública. (MAGALHÃES, 2008).

Dessa forma, além de constituir um direito ao cidadão, a saúde também institui deveres e exige atuações e prestações positivas do Estado e, qualquer omissão ou atuação contraditória da Administração Pública estará passível de responsabilização e reparação pelo descumprimento dos preceitos constitucionais (SARLET, 2007).

Por conseguinte, a própria Constituição instituiu mecanismos para promover a garantia do direito à saúde enquanto direito fundamental social. Dentre eles, está o Sistema Único de Saúde (SUS), estruturado pelo art. 198 (CF/88) e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 19 de setembro de 1990.

O SUS é definido “como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990) e tem

entre seus objetivos “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas” (BRASIL, 1990).

A partir desta definição, mais uma vez fica evidenciada a importância das ações do Poder Público na preservação, na prevenção e no restabelecimento da saúde das pessoas.

Diversos são os dispositivos constitucionais que tratam diretamente da saúde. O art. 197 prevê:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

No inciso II do art. 129, é atribuído ao Ministério Público a função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (BRASIL, 1988).

Outro exemplo é o art. 208, inc. VII da Lei Maior, que incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental (BRASIL, 1988).

Ante o exposto, é possível que se perceba a existência da preocupação por parte do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às atuações, propostas e projetos públicos voltados à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

4. A Preservação do Direito à Saúde diante da Pandemia do novo Coronavírus

A Organização Mundial de Saúde reconheceu, em 11 de março de 2020, o estado de pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (OPAS, 2020). Em decorrência deste cenário, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo 6/2020, reconhecendo a calamidade pública no país, por sinal nunca vista na história. (BRASIL, 2020).

Foi então que em 06 de fevereiro de 2020 a lei nº 13.979 foi publicada, dispondo a respeito das medidas de enfrentamento para a emergência de saúde pública em função da circunstância pandêmica.

A redação do art. 3º é responsável por determinar que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências (federal, estadual, distrital e municipal), medidas de isolamento, quarentena e determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas, e; por fim, d) vacinação e outras medidas profiláticas, uso obrigatório de máscaras de proteção individual (BRASIL, 2020).

Aliada às demais medidas de prevenção, considera-se que uma vacina segura e eficaz constitui uma solução em potencial para o controle da pandemia, traduzindo-se em um meio de garantia estatal do direito à saúde e uma política social que visa a redução do risco de doença e outros agravos, conforme estabelecido pelo art. 196 da CF (BRASIL, 2020).

José Afonso da Silva sustentou que o referido artigo:

abriga uma verdadeira garantia, a qual deve ser cumprida pelas prestações de saúde, que [...] se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos – políticas essas, que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças (SILVA, 2009).

Acompanhando tal entendimento, Kildare Gonçalves Carvalho (2007), ratificou a ideia e explicou que o direito à saúde não consiste apenas na utilização de políticas decorrentes da medicina curativa, mas deve incluir também a medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, além de proporcionar “higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras ações” (CARVALHO, 2007, p. 1167).

A fim de diminuir os impactos da pandemia, diversos países e empresas farmacêuticas dispensaram grandes esforços na produção de vacinas seguras e eficazes contra a covid-19, sendo algumas delas, autorizadas para o uso emergencial.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorizou temporariamente o uso emergencial, em caráter experimental, de vacinas Covid-19 para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto do novo coronavírus.

Cumprido ressaltar que tal autorização se refere às vacinas que concluíram todas as etapas referentes a garantia de eficácia e segurança, ou estão em fase final de testes, aprovadas e registradas em órgãos de controle estrangeiros reconhecidos por sua especialidade técnica, mas que ainda se encontravam sem registro na Agência

(ANVISA, 2020).

Desse modo, diante da calamidade pública causada pela doença, coube ao Poder Público solicitar, à Anvisa, o registro das vacinas já desenvolvidas, a fim de promover meios para a imunização da população.

Segundo a Lei de Vigilância Epidemiológica nº 6.259 de 1975, é da competência do Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, o qual define as vacinações, incluindo as de caráter obrigatório. Ademais, caberá àquela Pasta coordenar e apoiar tal atividade, de forma técnica, material e financeiramente, em âmbito nacional e regional (BRASIL, 1975).

Neste sentido, em 16 de dezembro de 2020, a primeira versão do Programa Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 foi publicada, caracterizando medida adicional de resposta ao enfrentamento da doença, tida como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (BRASIL, 2020).

Por fim, ante o esposado até o momento, é possível perceber que o enfrentamento ao cenário de pandemia reafirma a necessidade da efetivação da justiça social a partir da validação das normas já positivadas pela Constituição Federal de 1988, observando, para tanto, a atuação ativa do Poder Judiciário. É neste momento que a análise do princípio da proibição ao retrocesso social mediante a efetivação do direito a saúde surge, objeto de apreciação do próximo capítulo.

5. Análise do Princípio da Proibição do Retrocesso Social mediante a Efetivação do Direito à Saúde

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, conforme já ensinado por Sarlet (2012), possui grande relação com o princípio da segurança jurídica, objetivando a proteção aos direitos outrora adquiridos e estabelecidos constitucionalmente, de modo a impedir que o Estado diminua ou deixe de cumprir os direitos fundamentais já alcançados e implementados à sociedade. (VASCONCELLOS e LUIZ, 2015).

Dessa maneira também lecionou Canotilho (1998, p 320/321):

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo

essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Deste modo, no que concerne ao Direito à Saúde enquanto direito fundamental e social, vale ressaltar que a inércia ou omissão do Estado em garantir a plena fruição de direito tão essencial, também caracteriza forma de diminuí-lo, restringi-lo ou eliminá-lo. O papel do Estado confere responsabilidade e obrigatoriedade no implemento de prestações positivas, isto é, de políticas públicas, que garantam ao cidadão o acesso à direitos básicos, como saúde e educação, sendo assim, sua omissão resulta no comprometimento da integridade e eficácia da própria Constituição (STF, ARE 745745 Agr/MG. Relator Min. Celso de Mello, 2014).

O Excelentíssimo Ministro Celso de Mello já manifestou tal entendimento também em outra oportunidade:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.
– **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.** A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]** – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental**” (STF, RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, pleno, 2005, grifo nosso).

No que diz respeito à operacionalização da imunização da população brasileira contra a covid-19, diante do exposto no presente trabalho, é possível observar que se trata de importante meio de prevenção e diminuição do risco de doença previsto para a o enfrentamento da atual emergência de saúde pública:

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: 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; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; [...] (BRASIL, 2020)
Grifo nosso

Oportunamente, o Supremo Tribunal Federal foi motivado a se manifestar sobre o dispositivo supramencionado.

5.1 Julgamento das ADI's 6.586 e 6.587

Em dezembro de 2020, o plenário do STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.586 – DF, pleiteada pelo Partido Democrático Trabalhista, requerendo que os Estados e Municípios fossem competentes para determinar a realização compulsória da vacinação e outras medidas profiláticas no combate à pandemia da Covid-19 (art. 3º, III, 'd', Lei nº 13.979/2020), desde que as medidas adotadas, amparadas em evidências científicas, acarretem maior proteção ao bem jurídico transindividual. A solicitação do PDT se fundou na manifestação pública da Presidência da República de que a vacina contra a Covid-19 não seria obrigatória no Brasil.

Em sentido oposto, o Partido Trabalhista Brasileiro, impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.587 – DF, sustentando que se mostra imperioso estabelecer, 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.

O Relator das ADI's, o Ministro Ricardo Lewandowski, procedeu ao julgamento conjunto dos feitos, considerando a correlação das ações, e, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, nos termos seguintes:

A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os

direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência". Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (STF, ADI 6589, Relator Ricardo Lewandowski, 2021).

Entre os argumentos utilizados pelo relator Ricardo Lewandowski ao proferir seu voto, o qual foi seguido pela ampla maioria dos ministros, dois serão precisamente analisados.

Citando BARBIERI, COUTO e AITH (2017), o relator destacou a importância da vacinação em massa como meio preventivo para a redução da morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e provocar a imunidade rebanho, fazendo com que os indivíduos imunes protejam os não imunizados. O intuito desta estratégia pode ser contemplado a partir da observação de seu efeito, qual seja a diminuição, do agente infeccioso no ambiente (STF, ADI 6589, Relator Ricardo Lewandowski, 2021, p.16)

Ademais, destacou ainda que, ao restringir a autonomia individual para compelir a vacinação em massa, de forma gratuita e universal, o Estado estaria cumprindo o dever de dar materialização ao direito à saúde previsto no artigo 196 da Lei Maior (STF, ADI 6589, Relator Ricardo Lewandowski, 2021, p.18).

5.2 Referendo Na Medida Cautelar Na Ação Cível Originária 3.451

O Estado do Maranhão ajuizou uma ação civil em face da União, sob alegação de que o Governo Federal estaria deixando de adotar as medidas necessárias à promoção da saúde, direito fundamental, em especial à efetiva execução de um plano de vacinação da população brasileira contra a Covid-19.

Em decisão proferida em 24 de fevereiro de 2020, o Tribunal, por unanimidade:

referendou a medida cautelar pleiteada para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que

vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (STF, ACO 3451, Relator Ricardo Lewandowski, 2021).

A fim de fundamentar seu voto, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, recorreu ao preceito constitucional previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 que impõe ao Estado a obrigação de promover políticas públicas para redução do risco de doença e de outros agravos, de forma gratuita e igualitária a todo e qualquer indivíduo brasileiro (BRASIL, 1988).

Não obstante, se apoiou ainda nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009) e Kildare Gonçalves Carvalho (2007), para reforçar que tais políticas se efetivam não somente por meio da cura de doenças, mas também através da medicina preventiva anteriormente mencionada, garantindo a execução efetiva de políticas sociais e econômicas adequadas ao cenário pandêmico, resultando na educação da população, além da promoção de higiene, saneamento básico, campanhas de vacinação, dentre outras (STF, ACO 3451, Relator Ricardo Lewandowski, 2021, p. 2) .

5.3 Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 770

Sem prejuízo da ação citada anteriormente, o STF apreciou, naquela mesma data, a tutela de urgência requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sobre o mesmo assunto: ações e omissões do Poder Público Federal que culminaram em mora na imunização da população brasileira contra a covid-19.

Alegou-se na inicial a omissão do Executivo Federal na operacionalização da vacinação do povo brasileiro e requer, liminarmente, dentre outros pedidos, a autorização para que os Estados, Distrito Federal e Municípios, excepcionalmente, possam adquirir e fornecer vacinas contra a covid-19, independente do registro dessas na Anvisa, desde que já possuam registro em renomadas agências de regulação do exterior.

O plenário, de forma unanime, acompanhou o voto do relator, no sentido de referendar a medida cautelar pleiteada para:

assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais

disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), nos termos do voto do Relator (STF, ADPF 770 MC-Ref / DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2021).

Novamente, entre os argumentos utilizados para fundamentar a concessão da medida cautelar pleiteada, está ressaltada a obrigatoriedade do Estado em sua irrenunciável obrigação de tornarem efetivas, eficientes, igualitárias, universais e preventivas, as políticas voltadas à saúde pública, considerando que, no atual contexto de pandemia, se exige fortemente uma atuação proativa dos entes públicos, principalmente, mediante a implementação de programas de imunização coletiva (STF, ADPF 770 MC-Ref / DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2021).

Após a exposição dos acórdãos supra, é possível visualizar a mediação realizada pelo Supremo Tribunal Federal para a garantia dos direitos relativos à saúde pública, mais especificamente, em relação à operacionalização da imunização nacional, preenchendo a lacuna estatal e conferindo efetividade ao direito essencial e fundamental à saúde.

Tais decisões reforçam a lição de Pedro Lenza (2019), de que os direitos sociais, quais sejam os direitos de segunda dimensão, possuem aplicação imediata, de modo a possibilitar a ser exigência de sua implementação por meio das técnicas de controle constitucionais, quando verificada a inércia legislativa e estatal em relação ao tema.

Percebe-se, desse modo, que, tão importante quanto elaborar um plano de imunização, é a instituição de políticas e criação de logísticas que garantam a efetividade quanto ao plano de vacinação da população brasileira, de modo a cumprir a determinação constitucional e, assim, diminuir o risco de doenças e outros agravos.

É função inerente ao Estado o incentivo e, garantindo efetividade, a execução de políticas de natureza prestacionais adequadas, garantindo a implementação dos preceitos constitucionais, especialmente diante do cenário dificultoso causado pela covid-19. É por essa razão, em suma importância, que as inumeráveis exigências quanto à atuação Federal surgiram, sobretudo, mediante a elaboração de programas universais de vacinação, pois, conforme ensina José Afonso da Silva, “o direito é

garantido por aquelas políticas indicadas, que não de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional” (SILVA, 2009, p.768).

Desta maneira, diante das já mencionadas decisões proferidas pelo STF, o retrocesso social não deverá ser alcançado, uma vez que, diante das imposições legais atribuídas ao Estado para a sua efetivação, tal direito, de extrema essencialidade e importância, exige uma prestação positiva, vedando a negligência na forma de omissão estatal.

6. Considerações Finais

O presente estudo teve como objetivo principal a realização de uma discussão acerca da observância do princípio da proibição do retrocesso social mediante a promoção de políticas públicas estatais voltadas à saúde, principalmente no que se refere à operacionalização da imunização da população brasileira.

Buscou-se demonstrar que a efetivação de tais políticas, por meio da intervenção positiva do Estado, especialmente aquelas voltadas à prevenção do risco de enfermidades, entre as quais se inclui a vacinação, constituem meio de efetivar o direito à saúde, afastando a ocorrência do retrocesso social.

A fim de alcançar o resultado esperado, foram feitas análises sobre a definição, a importância, a aplicação e a efetivação dos direitos sociais por meios de prestações positivas do Estado. Em seguida, foi conceituado o princípio da proibição do retrocesso social. Por fim, foram apresentados exemplos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, fazendo cumprir os mandamentos fundamentais por meio dos controles constitucionais e, assim, corroborando com a imperatividade e o dever de aplicação imediata do direito social à saúde.

Durante o processo de pesquisa, identificou-se que a maioria das doutrinas analisadas explicam o princípio da vedação ao retrocesso social com base nas ações provenientes da função legiferante do Estado. Nesse sentido, foi categoricamente importante a utilização de jurisprudências para esclarecer que também a omissão do Estado em garantir os direitos sociais constitucionalmente previstos poderia favorecer um retrocesso em relação à garantia destes direitos.

Importante destacar que este estudo não esgota a análise referente ao tema proposto, mas acredita-se que as pretensões iniciais foram alcançadas, tendo sido

possível compreender que a efetivação do direito à saúde durante a pandemia, por meio da vacinação da população, constitui uma forma de afastar a ocorrência do retrocesso social, o que ressalta a importância dessa medida fundamental e indispensável no enfrentamento à covid-19.

7. Referências

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza; AITH, Fernando Mussa Abujamra. **A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil**. Cad. Saúde Pública [on-line], vol.33, n.2, p. 2, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6 de março de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.259 de 30 de outubro de 1975. **Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm>. Acesso em: 24 de abr. de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. 26 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>>. Acesso em: 29 de abr. 2021.

BRASIL. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.** Órgão emissor: Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/04/1a-Edic%CC%A7a%CC%83o-Plano-Nacional-de-Vacinac%CC%A7a%CC%83o-contr-Covid_V1_16dez20.pdf> Acesso em: 22 de abr. 2021.

BRASIL. Resolução RDC nº 444, de 10 de dezembro de 2020. **Estabelece a autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, de vacinas Covid-19 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2).** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-de-diretoria-colegiada-rdc-n-444-de-10-de-dezembro-de-2020-293481443> Acesso em: 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/SP – São Paulo.** Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 15 de setembro de 2011. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>>. Acesso em 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745745/MG – Minas Gerais.** Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 19 de dezembro de 2014. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur289204/false>>. Acesso em 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicação: 07 de abril de 2021. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>>. Acesso em 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.439/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 12 de fevereiro de 2003. Revista Trimestral de Jurisprudência, 2003, p. 794-796. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/185_3.pdf>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Cível Ordinária nº 3451 MC-Ref/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicação: 10 de março de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441826/false>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770 MC-Ref/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicação: 10 de março de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441825/false>>. Acesso em: 22 de

abr. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006 apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017.

OPAS. **Organização Pan-Americana da Saúde. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>. Acesso em: 24 de abr. 2021.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Editora LTr, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia**

e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Rev. Eletrônica sobre a Reforma do Estado [online]. 2007, nº 11, ISSN 1981-1858. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233>>. Acesso em 25/04/2021.

SEGRE, Marco and FERRAZ, Flávio Carvalho. **O conceito de saúde.** Rev. Saúde Pública [online]. 1997, vol.31, n.5, pp.538-542. ISSN 1518-8787. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_abstract&lng=pt> Acesso em: 25 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade.** Revista da Esmesc [online]. 2015, vol.22, n.28, pp.39-58. ISSN 2236-5893. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/viewFile/120/99>>. Acesso em: 25 de abr. 2021.