



O direito transindividual à saúde e as falsas aporias da liberdade individual

The transindividual right to health and the false dilemmas of individual freedom

El derecho transindividual a la salud y los falsos dilemas de la libertad individual

Lenio Luiz Streck¹

Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil

Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>

 lenio@professorstreck.com.br

Submissão em: 26/07/23

Aprovação em: 04/09/23

Resumo

O presente texto pretende responder à pergunta: a obrigatoriedade de vacinação imposta pelo Estado é conflitante com a liberdade individual? Diante do recente cenário de caos sanitário resultante da pandemia de COVID-19, a dimensão pública, transindividual, da saúde foi posta em dúvida por discursos pautados na ideia de que as pessoas teriam o direito a não serem vacinadas. Em que pesem a legislação brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal terem pacificado o tema em favor da obrigatoriedade da vacina, busca-se apresentar o problema a partir de sua perspectiva epistemológica ou hermenêutica. Nesse sentido, mostra-se que, a menos que a comunidade jurídica reveja seu discurso acerca dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, ou seja, a sua compreensão e metodologia de aplicação, tais dicotomias que surgem no debate público e nos tribunais persistirão como obstáculos à plena efetivação do Estado democrático de direito e, particularmente, do direito à saúde.

Palavras-chave

Direito à Saúde. Vacinação Obrigatória. Hermenêutica. Liberdade.

Abstract

This text aims to answer the question: is the mandatory vaccination imposed by the State in conflict with individual freedom? Given the recent scenario of health chaos resulting from the COVID-19 pandemic, the public, transindividual dimension of health was questioned by discourses based on the idea that people would have the right not to be vaccinated. Although the Brazilian legislation and the jurisprudence of the Supreme Court have settled the issue in favor of the mandatory vaccine, we seek to present the problem from an epistemological or hermeneutic perspective. In this sense, it is shown that, unless the legal community reviews its discourse about constitutional principles and fundamental rights, in other words, its understanding and methodology of application, such dichotomies that arise in the public debate and in the courts will persist as obstacles to the full realization of the democratic State of law and, particularly, the right to health.

Keywords

Right to Health. Obligatory Vaccination. Hermeneutics. Freedom.

Resumen

El presente texto pretende responder a la pregunta: ¿la obligación de vacunación impuesta por el Estado es contraria a la libertad individual? Frente al reciente escenario de caos sanitario resultante de la

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Coordenador do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

pandemia de COVID-19, la dimensión pública, transindividual, de la salud fue puesta en duda por discursos basados en la idea de que las personas tendrían el derecho a no ser vacunadas. Aunque la legislación brasileña y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal hayan pacificado el tema en favor de la obligatoriedad de la vacuna, se busca presentar el problema desde una perspectiva epistemológica o hermenéutica. En este sentido, se muestra que, a menos que la comunidad jurídica revise su discurso sobre los principios constitucionales y derechos fundamentales, es decir, su comprensión y metodología de aplicación, tales dicotomías que surgen en el debate público y en los tribunales persistirán como obstáculos a la plena realización del Estado democrático de derecho y, particularmente, del derecho a la salud.

Palabras clave

Derecho a la Salud. Vacunación Obligatoria. Hermenéutica. Libertad.

Introdução

Uma breve retrospectiva histórica: uma enfermidade assola o território nacional, principalmente os centros urbanos. A vacinação, adotada com sucesso em países como Alemanha, Itália e França, torna-se obrigatória por ato do governo, que pretende conciliar “[...] os altos e importantes interesses da saúde pública, que é a saúde do povo, com as garantias que as leis e a Constituição liberalizam a quantos habitam a nossa pátria” (1). Diante de tal medida, surgem opositores que bradam contra a suposta violência do Estado, caracterizando a respectiva lei como “[...] arbitrária, iníqua e monstruosa, que valia pela violação do mais secreto de todos os direitos, o da liberdade de consciência” (1). Diante da frenética agitação contra a vacinação, percebe-se uma abrupta queda no índice de pessoas vacinadas.

Tais fatos dizem respeito à Revolta da Vacina, episódio ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em 1904, em reação à medida do governo de Rodrigues Alves, sob responsabilidade do médico sanitarista Oswaldo Cruz. O estopim desse incidente se deu com a aprovação da Lei nº 1.261, em 31 de outubro de 1904, e sua subsequente regulamentação em 9 de novembro, a qual tornava obrigatória a exigência de comprovantes de vacinação contra a varíola para fins de matrícula escolar, contratos de trabalho, autorizações de viagens e pagamento de multa no caso de resistência à vacinação. Até mesmo Rui Barbosa, jurista e político de grande envergadura, expressava insegurança quanto à vacinação e seus métodos de aplicação previstos em lei:

[...] não tem nome, na categoria dos crimes do poder, a temeridade, a violência, a tirania a que ele se aventura, expondo-se, voluntariamente, obstinadamente, a me envenenar, com a introdução no meu sangue, de um vírus sobre cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutor da moléstia ou da morte.
(1)

O resultado da insurgência popular, cujo pano de fundo não se resumia unicamente à vacinação, mas a estímulos e interesses da vida política, como apresenta Nicolau Sevcenko (1), foi de 945 prisões, 110 feridos e 30 mortos (2).

Muito embora não possamos fazer falsas equivalências históricas – afinal, o contexto político, social e científico em questão é bastante distinto (e, assim, deixamos tal análise a cargo dos historiadores) –, é curioso notar que, cerca de 120 anos depois da Revolta da Vacina, presenciamos, no debate público e jurídico, controvérsias sobre a legitimidade da exigência de vacinação. Refiro-me, naturalmente, à pandemia de COVID-19, em que foram registradas cerca de 700 mil mortes no Brasil. No caso contemporâneo, a insurgência vacinal ocorreu em virtude da Lei nº 13.979 de 2020 e de seu

art. 3º, §7º (3) e da sua efetivação, por parte dos entes federados, no sentido de realizar a vacinação compulsória da população.

Vimos, assim, manifestações como a do desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual a carteira de vacinação, medida adotada pelo governo estadual, seria

[...] um ato que estigmatiza as pessoas criando uma marca depreciativa e impedindo-as de circularem pelas ruas livremente, com nítido objetivo de controle social. O propósito é criar uma regra não admitida juridicamente, mas que visa marcar o indivíduo constituindo uma meta-regra que está associada ao estigma do não vacinado. (4)

Por fim, o julgador estabeleceu uma analogia entre o ato normativo em questão e Hitler ao afirmar que “[t]odo ditador quer controlar a sociedade e sempre usa um discurso bondoso para cercar sua liberdade de locomoção” (5). À época, escrevi crítica ao julgado e delineei a incorreção da falsa dualidade que o sustenta: a liberdade individual versus a saúde coletiva (6).

No presente texto, gostaria de aprofundar o tema. Afinal, a saúde pública e as medidas necessárias para a sua efetivação se contrapõem à(s) liberdade(s) dos indivíduos? Nesse sentido, após uma breve revisão normativa e jurisprudencial acerca do tema, pretendo retomar, com base em Ronald Dworkin, a já antiga, porém ainda não superada no debate político e jurídico brasileiro, concepção acerca do conceito político e jurídico de liberdade. Tal análise pressupõe, como será exposto, uma crítica à disseminada ideia de que princípios constitucionais seriam ponderáveis entre si na medida em que entram em conflito.

A saúde como direito transindividual

De há muito, trabalho a ideia de que o constitucionalismo contemporâneo traz consigo a necessidade de superação do individualismo característico, em nível filosófico, da filosofia da consciência e, em nível político/jurídico, da mudança de uma concepção interindividual rumo à transindividualidade. Não há dúvida, todavia, que o direito brasileiro, assim como a dogmática que o instrumentaliza, está assentado em um “[...] paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade” (7, p. 43). Dessa forma, como afirmado, “[...] não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtagem – em face do novo modo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito” (7, p. 43). A perpetuação desse modo de produção do Direito diz respeito ao fato de que nossa tradição jurídica (ilegítima) insiste em ignorar o constitucionalismo contemporâneo, em que a Constituição normativa (e dirigente) é invasora de legalidade e fundadora do espaço público democrático, da *comum-unidade* política. Sintoma disso é a precariedade com que nossas instituições ainda tratam ramos do direito público que transcendem a esfera individual. É o caso do direito ambiental (e, claro, penal ambiental), do direito coletivo do trabalho e, objeto desse texto, do direito à saúde, por exemplo.

No que tange à saúde, de acordo com a Constituição Federal, trata-se de um direito social (art. 6º) e, nos termos do art. 196, de um

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (8)

Já na leitura do referido dispositivo, conclui-se que a proteção da saúde é não somente um direito, mas um dever. Portanto, na qualidade de direito-dever, pode-se afirmar que sua efetivação não se limita à atuação estatal, constituindo responsabilidade também em nível individual.

Nesse sentido, Ingo Sarlet afirma que

[...] os deveres fundamentais guardam relação com as posições jurídicas pelas quais se efetiva o direito à saúde, podendo-se falar num dever de proteção à saúde, individual e pública, facilmente identificado em normas penais e normas de vigilância sanitária. (9, p. 1932)

E conclui o constitucionalista que

[...] a ideia de dever fundamental evidencia o vínculo com o princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade se torna responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um, no âmbito de uma responsabilidade compartilhada, de que trata Gomes Canotilho. (9, p. 1932)

Com efeito, a caracterização do direito à saúde como um dever transindividual está presente em diversos dispositivos infraconstitucionais. No que tange à obrigatoriedade de vacinação, destaca-se, por exemplo, a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (10) –, que estabelece, em seu art. 14, §1º, a obrigatoriedade de vacina em casos recomendados por autoridades sanitárias. O descumprimento da vacinação infantil está sujeito a multa entre três e vinte salários-mínimos ou o dobro no caso de reincidência, nos termos do art. 249 do referido estatuto.

O art. 267 do Código Penal estabelece pena de reclusão de dez a quinze anos para aquele que “[...] causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos” (11), não ignorando, inclusive, os casos de simples culpa, cuja pena é de detenção de um a dois anos (art. 267, parágrafo único). O art. 268, por sua vez, prevê pena de detenção entre um mês e um ano, além de multa, para quem “[i]nfringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa” (11), sendo aumentada em um terço no caso de o agente ser funcionário da saúde pública ou exercer a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Depreende-se, portanto, que, para além do próprio texto constitucional, a legislação federal possui exemplos paradigmáticos segundo os quais a proteção da saúde e, particularmente, o dever de vacinação a ela pressuposto, não se resumem à atuação positiva do Estado quanto ao oferecimento de meios, abrangendo, também, a responsabilidade dos indivíduos.

Este é o entendimento geral do Supremo Tribunal Federal. Cabe salientar aqui que, diante da controvérsia envolvendo o termo *realização compulsória* presente na Lei nº 13.979 de 2020, a Corte Constitucional foi provocada a julgar a constitucionalidade da determinação legal. Veja-se, em detalhe, o que dispõe o texto da referida lei:

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.

De um lado, a ADI 6.586/DF (12), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), requereu a interpretação conforme a Constituição para que o STF reconhecesse que os estados e municípios seriam legitimados a determinar a realização compulsória da vacinação e demais medidas, em consonância com a competência concorrente dos entes federados para o combate à pandemia de COVID-19, tema superado no âmbito da ADI 6341/DF (13). Por outro lado, a ADI 6.587/DF (14), ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), à época presidido por Roberto Jefferson, requeria a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020. De acordo com a peça inicial, a norma estaria em oposição aos arts. 5, caput, 6 e 196, uma vez que não haveria segurança a respeito da eficácia e dos efeitos da vacina, consistindo a *realização compulsória* em teste de massa de vacinas sem a devida comprovação científica (sic).

Como bem sintetizado por Nicochelli e Brito, 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 federados no âmbito da respectiva esfera de competência” (15).

Assim, referiu o ministro Lewandowski, relator do caso, 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. (16, p. 4)

É nesse contexto jurídico que entes da federação passaram a determinar, por meio de regulação própria, a exigência de passaportes vacinais como condição da circulação de indivíduos em espaços públicos. O município do Rio de Janeiro, com o Decreto Municipal nº 49.335/2021 (17), com fulcro no art. 3, III, d, e na interpretação conforme a Constituição proferida pelo STF, determinou a comprovação da vacinação contra a COVID-19 para acesso a locais. Eis que, quando somávamos cerca de 600 mil mortos em decorrência do vírus, surge a exótica decisão, já mencionada, do desembargador da 3ª Câmara Criminal do TJRJ, Paulo Rangel, que suspendeu liminarmente a medida (passaporte de vacinação), sob o argumento de que se estaria violando a liberdade de locomoção e de que existiria perseguição àqueles que não se submetessem à vacina (além de, como referido, comparar a obrigatoriedade da vacinação ao Holocausto).

Diante da breve exposição realizada, a decisão do TJRJ contraria o sentido constitucional do direito-dever à saúde, bem como a legislação infraconstitucional. Não sem boas razões, portanto, foi deferida a suspensão da decisão liminar pelo STF, em sede do HC nº 0070957-89.2021.8.19.00. Apesar do caráter esdrúxulo do raciocínio que embasou a medida liminar proferida pelo desembargador Paulo Rangel, não faltaram vozes no debate político e jurídico a estabelecerem contraposição entre a obrigatoriedade da vacina, como bem coletivo, e o direito de liberdade dos indivíduos a se recusarem à medida (18).

A suposta dicotomia entre medidas que visam à proteção da coletividade de um lado e à liberdade individual de outro, como pretendemos expor a seguir, guarda sua origem em um nível teórico que não se vincula, necessariamente, aos discursos negacionistas e temerários à proteção da vida humana, como observamos durante a pandemia de COVID-19. Pelo contrário, a doutrina que sustenta essa dicotomia, bem como o seu método de tratamento, tornou-se um lugar-comum do discurso jurídico e é adotada por muitos juristas. Ela parte, primeiramente, da ideia de que princípios e direitos fundamentais constituem valores e/ou interesses que entrem em conflito. Como decorrência, medidas coletivas entram em conflito com pretensões individuais, cabendo ao Poder Judiciário, baseado em uma *ponderação*, decidir, a cada caso, qual polo desse conflito deve prevalecer sobre o outro e em que medida.

Como exporemos a seguir, tal concepção, disseminada na dogmática jurídica nacional, é equivocada. Uma compreensão distinta da natureza dos princípios jurídicos e, particularmente, do conceito de liberdade, pode fortalecer os argumentos até aqui expostos em prol da saúde pública. Vejamos.

Os direitos podem ser controversos? As falsas aporias da liberdade

Como delineado, em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais e direitos sociais. Esse novo pacto, dirigente e compromissório, causou (e ainda causa para alguns setores jurídicos) estranhamento, angústia, pois o Direito brasileiro passava, por força da nova Constituição, de um modelo liberal-individualista, tipicamente burguês, baseado na propriedade e nas relações individuais, para uma compreensão socialmente agregadora e igualitária, transindividual, impondo ao Estado obrigações negativas (respeito às liberdades individuais) e positivas (promoção da igualdade, da dignidade etc.), e isso não é novidade. Esta via de mão dupla que se instaurou no regime jurídico nacional, entretanto, teve dificuldades (e ainda tem) para ser compreendida pelo *establishment* jurídico. A pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo?

Diante desse novo horizonte normativo, ocorreu, na comunidade jurídica, uma importação de teorias que pretendiam lidar com os princípios jurídicos ínsitos ao Estado democrático de direito. A tal movimento que, no mais das vezes, realizou uma apropriação superficial de teses estrangeiras, deu-se o nome de neoconstitucionalismo.

Visando oferecer novos padrões interpretativos aos direitos e às garantias fundamentais, em contraposição a uma equivocada imagem do positivismo jurídico (entendido como uma doutrina objetivista, moralmente desengajada e, portanto, despreocupada com a realização da justiça), desenvolveu-se, no Brasil, um padrão dogmático segundo o qual o novo modelo de atuação das instituições jurídicas deveria ser aberto à moralidade, aos valores e/ou aos interesses sociais. Veja-se, a título exemplificativo, o que diz Luís Roberto Barroso, jurista que, enquadrado no movimento teórico que pode ser denominado neoconstitucionalista, expõe algumas considerações acerca da inclusão dos princípios na era do novo direito constitucional. Para Barroso:

[...] o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto. (19, p. 148)

Veja-se que até mesmo aí está presente aquilo que Alexy chama de dupla natureza do Direito, ou seja, a dimensão positiva e a dimensão corretiva. Nessa perspectiva, Barroso explica que o método de trabalho dos princípios é o da ponderação, que

[...] consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicada a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (19, p. 148).

Admite ainda o autor que “[...] a estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas” (19, p. 149). A inclusão de interesses, bens, valores ou normas na argumentação jurídica e a equiparação destes a princípios, ou seja, ambos devem ser sopesados para “[...] a realização da justiça no caso concreto” (19, p. 149). Ao fim e ao cabo, não poderiam ter outra natureza que não a particular, subjetiva; razão pela qual é reconhecida por Barroso uma margem de discricionariedade judicial, pois

[...] no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. (19, p. 152)

Assim, podemos inferir duas conclusões acerca da concepção anteriormente exposta: primeiro, princípios (entendidos de maneira difusa) podem entrar em colisão em cada caso concreto e, segundo o método de tratamento desses conflitos consiste na ponderação. Esta, por sua vez, é tratada de maneira igualmente vaga (em contraposição ao rigor analítico com que Robert Alexy a propunha (nesse sentido, ver 20)), sendo relacionada ao senso de justiça subjetivo do julgador e, portanto, discricionária.

Reflitamos sobre a primeira conclusão. Os direitos fundamentais e os princípios jurídicos são conflitantes entre si? Essa é uma concepção bastante difundida entre o senso comum jurídico brasileiro. De acordo com ela, quando, por exemplo, o Estado estabelece a tributação, o direito à liberdade individual e econômica cede, ao menos em parte, espaço ao princípio da igualdade. Ou, quando o mesmo Estado estabelece a regulamentação de trânsito, proibindo o uso de certas vias, ou determinando as direções possíveis aos condutores ou, até mesmo, exigindo o uso de cintos de segurança, estar-se-ia perdendo um pouco de liberdade individual em nome de um bem coletivo – a segurança.

Tal raciocínio se aplica, também, ao objeto deste texto: o direito à saúde. Diante de sua dimensão pública, os cuidados e os deveres para com a saúde, e a exigência de vacinação, por exemplo, limitariam a liberdade individual de não se vacinar aos indivíduos que, por qualquer (des)razão, assim o desejassem. Tal como a argumentação do desembargador Paulo Rangel expõe, ainda que de maneira radicalmente drástica (e inconsequente), participantes do debate público realizam um sopesamento entre o bem coletivo, a saúde, e a liberdade individual de escolha. Ora, mas se o critério utilizado para tal ponderação é subjetivo e contém, nesse sentido, larga margem de discricionariedade, como afirma Barroso, como podemos definir esse conflito de maneira segura? Ou, dizendo de outra maneira, como podemos criticar a decisão do desembargador do TJRJ (afinal, tal juízo não seria subjetivo?).

Ambas as teses – de que princípios representam interesses conflitantes entre si e de que a solução do conflito necessita de uma ponderação em que cada um cede em parte – são equivocadas. Vejamos o caso do direito à liberdade. É verdade que, quando o Estado impõe uma restrição à locomoção ou a ações em geral, ele está restringindo a liberdade em nome de um outro valor ou interesse?

Na história da filosofia, temos dois conceitos principais de liberdade, representados em famoso ensaio de Isaiah Berlin (21), quais sejam: o de liberdade negativa, que implica ausência de impedimentos à realização da vontade, e o de liberdade positiva, segundo o qual não somos livres simplesmente quando realizamos nossos desejos imediatos, mas quando pautamos nossas ações a partir de justificações. O primeiro sentido de liberdade é proposto, por exemplo, por Jeremy Bentham, para quem qualquer lei representa uma infração à liberdade, embora algumas sejam necessárias. O outro conceito, de liberdade positiva, é exemplificado por Immanuel Kant. De acordo com Kant, não somos livres quando seguimos nossos impulsos, mas quando guiamos nossos impulsos com base na lei da razão, universalizável.

Ora, se considerarmos que os indivíduos possuem um direito fundamental à liberdade, compreendida a partir de seu sentido negativo, devemos concluir, assim como Bentham, que todos os deveres impostos pelo Estado invadem, em alguma medida, esse direito. Isso significa: todas as normas de direito penal seriam uma fragilização do Direito à suposta liberdade de assassinar, roubar, sonegar etc. Assim como as normas tributárias, de trânsito, ambientais, sanitárias. Entretanto, se assim o é, como poderíamos distinguir, qualitativamente, uma lei que proíbe o estupro de uma lei que proíbe o comércio de sorvete de chocolate? Afinal, não seriam ambas uma restrição ao direito geral à liberdade de se fazer o que se deseja? A lei penal que impõe sanção à prática de estupro estaria limitando a liberdade do maníaco de realizar a sua vontade, assim como a hipotética lei gastronômica limitaria a realização da vontade de pessoas que gostam de sorvete sabor chocolate.

Em ensaio intitulado *Que direitos temos?*, Ronald Dworkin afirma [...] parece-me absurdo supor que homens e mulheres tenham qualquer direito geral à liberdade, pelo menos do modo como a liberdade tem sido tradicionalmente concebida por seus defensores” (22, p. 411). Para esse autor norte-americano, temos direitos a *liberdades*, tal como a liberdade de expressão. Entendido de maneira genérica e irrestrita, o direito à liberdade é enfraquecido e perde a sua dimensão normativa ou deontológica. Nesse sentido, Dworkin assinala que “[...] se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim” (22, p. 414).

Desse modo, com base na argumentação desenvolvida por Dworkin, podemos afirmar que não há conflito entre as regulamentações penais e a liberdade individual porque, afinal, os indivíduos não possuem a liberdade de cometer crimes. Tampouco, como aqui se desenvolveu, haveria conflito entre o dever individual de vacinação, uma vez que não há o direito à liberdade de contaminação de terceiros.

O aspecto normativo ou deontológico aludido por Dworkin, por outro lado, faz-nos repensar a ideia subjacente à ponderação de valores ou de interesses conflitantes de que fala Barroso. Tal ponto, abordado por mim em diversos textos (23), é explicado por ninguém menos do que Jürgen Habermas, que contrapõe a teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy da seguinte forma:

Quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo a mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma

ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. (24, p. 317-318)

Ainda com Habermas, afirma-se que as diferenças entre princípios e valores podem ser resumidas em (a) “distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico”; (b) “em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de pretensão de validade”; (c) “em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa”; (d) “em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer” (24, p. 317). Ou seja, por se tratar de categorias distintas, os princípios e os valores não podem ser aplicados da mesma forma. Assim, Habermas conclui, distinguindo princípios enquanto normas de valores como preferências:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posições dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. (24, p. 316)

Ora, princípios são normas vinculantes cujo conteúdo deve ser interpretado no caso concreto. Como afirmo há tempos, portanto, a noção de que os princípios constitucionais *abrem* as possibilidades de interpretação é equivocada. As regras são abertas, pois os textos não abarcam todas as possibilidades de aplicação, como bem expressa a distinção entre texto e norma desenvolvida por Friedrich Müller. Os princípios, por outro lado, fecham a interpretação na medida em que inserem o mundo prático no Direito (ver 25).

À vista disso, como destaco em outra obra (26), há um interessante diálogo artístico que nos ajuda a compreender a relação entre direito e moral, regras e princípios. Na série *House of Cards*, há um episódio em que o presidente dos EUA é atingido por um tiro e precisa de transplante de fígado. No hospital, o médico diz que ele é o terceiro da fila. Mesmo que seja o presidente dos EUA, a fila não pode ser ignorada. *It's the law*, afirma o médico. A sua resposta é não consequencialista. É uma questão de princípio: não apenas uma questão textual, mas o respeito (*Achtung*, em termos kantianos) ao princípio de que todos são iguais *perante a fila*.

Há outra metáfora que exemplifica a prevalência da Constituição e dos princípios constitucionais sobre interesses contingentes. Ulisses, voltando de Ítaca, pede para seus marinheiros que o amarrem no mastro do navio e lhes ordena que, sob hipótese alguma, obedeçam a qualquer gesto seu no sentido de que o soltem. Só devem obedecer à primeira ordem: *amarrem-me ao mastro*. Sua sobrevivência depende do cumprimento estrito dessa ordem antecedente. Caso contrário, sucumbirá ao canto das sereias.

Afirmo, nesse sentido, que *as maiorias*, *a voz das ruas*, *a moral popular* e tantas outras figuras discursivas são como as sereias. Têm um canto sedutor. Quem não se proteger, pode sucumbir. Tal como as correntes que representavam a segurança de Ulisses, a Constituição e seus princípios são a

sustentação das leis e do próprio Estado democrático de direito. A efetivação do direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais e sociais – transindividuais –, ainda é carente em nosso país de modernidade tardia, pois depende disto: decidir por princípio.

Considerações finais

A pandemia de COVID-19 trouxe, no plano global, enormes desafios institucionais em diversas áreas e, em relação ao Direito, não foi diferente. É curioso notar, no entanto, que, no Brasil, talvez mais do que apresentar problemas novos ao debate político-jurídico, a pandemia explicitou questões crônicas já existentes e ainda não resolvidas.

Ainda não conseguimos assentar, em nossa sociedade, o paradigma do Estado democrático de direito, cuja efetivação depende de uma transformação radical em termos discursivos e práticos. Da individualidade à transindividualidade ou, melhor dizendo, à intersubjetividade.

Isso ocorre porque a resposta às demandas sociais de um país de modernidade tardia, como assim proponho ser o nosso caso, depende de uma ruptura conceitual para a qual, por inúmeras razões já representadas pelos clássicos da história e da sociologia (refiro-me a *Raízes do Brasil* e a *Os donos do poder*, por exemplo), aparentemente, ainda não estamos preparados.

É o que revelam nossos mais de 700 mil óbitos. Dessa vez, no entanto, não podemos deixar de considerar as adversidades do mundo político em um contexto nacional e global em que a democracia foi (quase) destruída por discursos de ódio e ideias negacionistas que se dissemina(ra)m livremente pelas redes sociais.

Nesse sentido, apesar de podermos criticar, parcialmente, as instituições responsáveis pela fiscalização e pela aplicação da Constituição (ver 27), devemos exaltar a atuação do Poder Judiciário e, particularmente, do Supremo Tribunal Federal na salvaguarda da saúde pública, ante a política genocida que professava a administração do país nos anos mais desafiadores de nossa história em termos sanitários.

Isso não isenta, no entanto, a comunidade jurídica nacional de fazer uma autocrítica em nível epistemológico. Afinal, enquanto não consolidarmos uma cultura teórica em relação ao Direito, que privilegie a clareza e o aprofundamento de conceitos cotidianos, mas que guardam raízes na filosofia, dependeremos sempre do casuísmo.

O Direito e a saúde pública não podem depender do conceito individual dos juízes que o aplicam (de sua boa ou má subjetividade). Um dia, a metodologia rasa pode servir a bons propósitos. No outro, levar à falência da normatividade constitucional. E não falta(ria)m exemplos recentes a serem aqui mencionados.

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Editores

Editora científica: Alves SMC

Editores convidados: Delduque MC, Gonet Branco PHM

Referências

1. Sevcenko N. A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes. São Paulo: Cosac Naify; 2010. E-book.

2. Dandara L. Cinco dias de fúria: Revolta da Vacina envolveu muito mais do que insatisfação com a vacinação [Internet]. Rio de Janeiro: Fiocruz; 9 jun.

- 2022 [citado em 5 set. 2023]. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/cinco-dias-de-furia-revolta-da-vacina-envolveu-muito-mais-do-que-insatisfacao-com-vacinacao>
3. 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. Brasília, 6 fev. 2021 [citado em 31 ago. 2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm
4. Rio de Janeiro (estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Decisão proferida nos autos do processo nº 0070957-89.2021.8.19.0000, do TJRJ. Rio de Janeiro: TJRJ, 2021 [citado em 31 ago. 2023]. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D510279FDA9913E4F6E3A3376550ACADC510033E090C&USER>
5. Streck LL. Desembargador concede HC coletivo contra passaporte sanitário no Rio [Internet]. [S. l.: s. n.], 29 set. 2021 [citado em 5 set. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-29/desembargador-concede-hc-coletivo-passaporte-sanitario-rio>
6. Streck LL. Um algoritmo não daria uma decisão proibindo passaporte de vacina. [Internet]. [S. l.: s. n.], 30 set. 2021 [citado em 5 set. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-30/lenio-streck-algoritmo-nao-proibiria-passaporte-vacina>
7. Streck LL. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2011.
8. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2016 [citado em 31 ago. 2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
9. Sarlet IW. Comentário ao artigo 196. In: Canotilho JG, Mendes GF, Sarlet IW, Streck LL, coordenadores. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina; 2013.
10. Brasil. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 jul. 1990 [citado em 31 ago. 2023]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8069&ano=1990&ato=461cXRq1keFpWT13a>
11. Brasil. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940 [citado em 31 ago. 2023]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=2848&ano=1940&ato=1bb0za61ENNRkTf8b>
12. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: STF, 20 out. 2020 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>
13. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro André Mendonça. Brasília: STF, 23 mar. 2020 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>
14. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6587/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: STF, 21 out. 2020 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>
15. Nicochelli G, Brito LS. O passaporte vacinal e a vacinação obrigatória contra a covid-19: uma questão de princípios? Revista MPC-PR [Internet]. 2022 [citado em 28 jun. 2023];9(16). Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/artic/e/view/110>
16. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT) Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília: STF, 17 dez. 2020 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>
17. Rio de Janeiro (estado). Prefeitura do Rio de Janeiro. Decreto Municipal nº 49.335/2021. Dispõe como medida sanitária de caráter excepcional, sobre a [...]. Rio de Janeiro, 26 ago. 2021 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: https://doweb.rio.rj.gov.br/apifront/portal/edicoes/imprimir_materia/756457/5071#:~:text=DECRETA%3A,e%20locais%20de%20uso%20coletivo
18. Poder 360. Janaina compara obrigatoriedade de vacina com doação de sangue [Internet]. [S. l.: s. n.], 7 jan. 2022 [citado em 28 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/janaina-compara-obrigatoriedade-de-vacina-com-doacao-de-sangue/>
19. Barroso LR. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum; 2013.
20. Moraes FS de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: JusPodivm; 2022.
21. Berlin I. Four essays on liberty. [Oxford]: Oxford University Press; 1979.
22. Dworkin R. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2010.
23. Streck LL. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica

hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Livramento; 2020.

24. Habermas J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; 2012. v. I.

25. Streck LL. Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2011.

26. Streck LL. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Loblanch; 2019.

27. Streck LL. Precisamos falar sobre o MP: qual é o seu papel? (Parte 2) [Internet]. [S. l.: s. n.]; 10 fev. 2022 [citado em 5 set. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-10/senso-incomum-precisamos-falar-mp-qual-papel-parte>

Como citar

Streck LL. O direito transindividual à saúde e as falsas aporias da liberdade individual. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jul./set.;12(3):103-114

<https://doi.org/10.17566/ciads.v12i3.1204>

Copyright

(c) 2023 Lenio Luiz Streck.

