

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL

*THE SOCIAL BACKGROUND IN THE DISTRIBUTION OF
VACCINES AGAINST COVID-19 IN BRAZIL*

MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente é voluntária na Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Unidade da Fazenda Pública. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, controle social das omissões estatais.

RESUMO

O direito à saúde, de natureza fundamental, tem, como uma de suas premissas básicas, o viés preventivo. Muito embora sua construção estrutural, no bojo da Constituição da República de 1988, pareça trazer normas de natureza programática, toda ação pública voltada a sua efetividade material adere à natureza jusfundamental do direito, dentre elas destacando-se a vacinação, cujos planos e desdobros, uma vez traçados, não podem em nenhuma circunstância sofrer reversões, em face do princípio constitucional implícito da vedação de retrocesso. Essas as premissas sobre as quais se assenta o vertente estudo, notadamente tendo em conta o fornecimento de vacinas para o combate à disseminação do coronavírus.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Viés preventivo. Plano Nacional de Imunização. COVID-19. Vedação de retrocesso.

ABSTRACT

The fundamental right to health has, as one of its basic premises, a preventive bias. Although its structural construction, within the framework of the 1988 Constitution, seems to bring norms of a programmatic nature, any public action aimed at its material effectiveness adheres to the fundamental nature of the law, among which the vaccination, whose plans and developments, once drawn, they cannot under any circumstances undergo reversals, in view of the implicit constitutional principle of retrogression. These are the premises on which the study is based, notably taking into account the supply of vaccines to combat the spread of the coronavirus.

Keywords: *Fundamental right to health. Preventive bias. National Immunization Plan. COVID-19. Reverse seal.*

SUMÁRIO

Introdução. A eficácia dos direitos sociais na ordem jurídica brasileira. O princípio da vedação do retrocesso social. Dos deveres do Estado na concretização do direito à saúde. A imunização contra a COVID-19 e o princípio da vedação de retrocesso. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar se o fornecimento de vacinas para a prevenção da pandemia do coronavírus pelo Estado brasileiro está em consonância com o regime jurídico-constitucional pátrio – mais especificamente, com o respeito à natureza fundamental do direito à saúde, à prevalência da adoção de medidas protetivas em tal seara e à observância do princípio da vedação do retrocesso social.

Para tanto, iremos nos debruçar sobre a eficácia dos direitos sociais, majoritariamente enunciados por normas de caráter programático. Como veremos, os direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais, são dotados de eficácia jurídica e social. O que os torna peculiares é justamente o fato de que a sua eficácia pode ser ampliada por meio da regulamentação infraconstitucional levada a cabo pelo legislador e pelo administrador público.

Em face de potencializar os mecanismos tendentes à obtenção de maior efetividade dos preceitos constitucionais assecuratórios de direitos fundamentais, indigitada regulamentação adere ao Texto Maior, adquirindo caráter jusfundamental, motivo por que sua reversão é suprimida da esfera de disponibilidade dos Poderes Legislativo e Executivo. Veremos, assim, que a vedação do retrocesso social é um princípio constitucional implícito, que decorre do arranjo protetor desenhado pelo constituinte para os direitos sociais.

Em vista disso, examinaremos alguns dispositivos normativos constitucionais, supralegais e legais referentes ao direito à saúde, a fim de identificar as obrigações estatais nessa seara, que vinculam a atuação do legislador e do administrador público. Verificaremos a grande ênfase dada pela Constituição Federal às ações sanitárias de caráter preventivo e o direito público subjetivo à imunização completa e tempestiva que daí decorre.

Por fim, analisaremos, à luz das informações contidas no Plano Nacional de Imunizações (PNI) e de algumas ações recentemente ajuizadas no Supremo Tribunal

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Federal sobre a distribuição de vacinas, o modo como o Estado brasileiro vem conduzindo as políticas públicas sanitárias, sobretudo as de caráter preventivo, na pandemia de COVID-19, concluindo pela ocorrência frequente de violação ao princípio da vedação do retrocesso social.

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Os direitos humanos, incluídos no gênero os fundamentais, são concebidos como aqueles que encontram escora no brocardo da dignidade da pessoa humana, protegendo os seres humanos em todas as suas dimensões, quais sejam, individual e política (direitos da liberdade), social e coletiva (direitos da igualdade) e de espécie humana (direitos da solidariedade).

Dado que o conteúdo dos direitos humanos abarca o dos direitos fundamentais, o que os distingue, enquanto gênero e espécie, é, essencialmente, o nível de positivação.

Deveras, os direitos fundamentais correspondem aqueles que se encontram positivados na senda constitucional, gozando de tutela jurídica reforçada no âmbito interno do Estado. Os direitos humanos, por sua vez, são mais abrangentes, abarcando além daqueles, os previstos em tratados, convenções e declarações internacionais (LIMA, 2019).

O direito à saúde, tema do presente trabalho, é, ao mesmo tempo, direito humano e fundamental, porquanto intimamente vinculado à dignidade humana em sua dimensão social, e positivado no ordenamento constitucional brasileiro, além de reconhecido em diversas declarações e tratados internacionais.

É, ainda, um direito da liberdade e da igualdade – isto é, um direito que protege os seres humanos em sua dimensão individual e social. Assim como os demais direitos sociais, consiste em um conjunto de faculdades e posições jurídicas que visam à garantia das condições materiais mínimas de sobrevivência digna. Tais posições

jurídicas podem ser opostas ao Estado, impondo-lhe deveres prestacionais ou de abstenção (RAMOS, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, elencou alguns direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, dentre outros. Muito embora seja possível identificar direitos sociais cujo exercício dependa da abstenção do Estado, como é o caso do direito de greve, o conteúdo dos direitos sociais é essencialmente prestacional.

Isso porque a superação de desigualdades fáticas e a concretização de condições materiais de sobrevivência depende, em regra, de uma atuação positiva por parte do Estado, que se realiza por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. Verifica-se, assim, que essas políticas públicas são o instrumento de concretização dos direitos humanos e fundamentais de caráter social.

No Brasil, a atuação do Estado em matéria de direitos sociais é dever constitucional. Isso porque a Constituição de 1988, dirigente que é, prescreve, ainda que em termos genéricos, uma série de ações positivas a serem realizadas pelo Estado, com o fito de viabilizar as condições materiais de sobrevivência digna que devem estar ao alcance de todos.

As normas constitucionais relativas à concretização dos direitos sociais são, em sua maioria e tradicionalmente, denominadas pela doutrina como normas programáticas (SARLET, 2016). Isso porque não regulamentam diretamente o exercício dos direitos fundamentais em questão, limitando-se a traçar as diretrizes e objetivos a serem alcançados, transferindo para o legislador ordinário a tarefa de emprestar-lhes concretude.

Em razão desse caráter programático, surgiu importante discussão acerca da eficácia dessas normas constitucionais, o que impacta diretamente no tema em estudo. Afinal, discutir a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social implica, inevitavelmente, no exame dos limites à discricionariedade do Estado – e sobretudo do administrador público –, os quais são, no mais das vezes, definidos pela

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Constituição Federal. Imperioso, assim, nos debruçarmos sobre a eficácia das normas constitucionais programáticas.

José Afonso da Silva (2003) define a eficácia de uma norma jurídica como a capacidade que tal norma possui de atingir os seus objetivos. Dita capacidade pode ser observada à luz de dois prismas distintos.

O primeiro deles seria o da *eficácia social* da norma, ou *efetividade*, que consiste na obediência e aplicação da norma prescrita pelo direito no plano dos fatos. O segundo seria o da *eficácia jurídica* da norma, que consistiria na aptidão para produção de efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, ao regular, desde logo, as situações de ordem fática a que se destina.

Nesse passo, muito embora as noções de eficácia, aplicabilidade e efetividade sejam conexas, consistem em fenômenos diversos, de modo que se torna possível a uma norma constitucional possuir eficácia jurídica, mas ser destituída de eficácia social (ou efetividade). Entretanto, na medida em que a efetividade é a própria realização do direito, a eficácia jurídica da norma constitucional é seu pressuposto.

Observa-se, assim, que inexistem normas constitucionais destituídas de eficácia, na medida em que todas implicam, ao menos, na inovação da ordem jurídica¹. Não se ignora que a extensão da eficácia e da aplicabilidade dessas normas variam; apenas destacamos que essa variação não tem o condão de tornar as normas de direitos sociais inaptas à produção de efeitos jurídicos.

Não à toa, Cristina Queiroz (2006) aponta que os direitos sociais não possuem natureza jurídica distinta das demais dimensões de direitos fundamentais. O que os distingue, em verdade, é a sua estrutura e projeção na ordem jurídico-constitucional (QUEIROZ, 2006).

Ingo W. Sarlet (2016), analisando especificamente o art. 5º, § 1º, da CF/88, chega a conclusão semelhante à da autora portuguesa. Para ele, a Constituição de 1988

¹ “[N]ão há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada” (SILVA, 2003, p. 81).

desenhou um regime jurídico único dos direitos fundamentais, incidente sobre os direitos sociais, os quais são imediatamente aplicáveis. Neste sentido, a peculiaridade estaria no alcance da sua eficácia (SARLET, 2016), tanto jurídica quanto social, que pode ser ampliada, como veremos, por meio da elaboração e implementação da legislação infraconstitucional e das políticas públicas respectivas.

À luz do critério da aplicabilidade (eficácia jurídica), isto é, da extensão dos efeitos jurídicos que produzem, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas *de eficácia plena, de eficácia contida, e de eficácia limitada*.

As normas de eficácia plena, também denominadas autoaplicáveis, são aquelas que contêm todos os requisitos e elementos necessários à sua incidência direta, isto é, aquelas que, uma vez ingressando no ordenamento jurídico, produzem ou podem produzir todos os seus efeitos jurídicos, prescindindo de regulamentação infralegal para tanto. São dispositivos cuja única condição de aplicabilidade é a existência de um aparato jurisdicional, uma vez que são, eles próprios, dotados de todos os elementos necessários à sua executoriedade (SILVA, 2003).

As normas de eficácia contida, por sua vez, também são autoaplicáveis, mas podem ter seu alcance jurídico restrito futuramente, em razão de integração promovida pela legislação infraconstitucional (SILVA, 2003).

A seu tempo, as normas de eficácia limitada são aquelas cujo âmbito de aplicabilidade é ampliado com a integração de normas infraconstitucionais. Neste sentido, diz-se que tais dispositivos constitucionais têm aplicabilidade indireta, uma vez que dependem de legislação infraconstitucional ou de outra providência para produzirem de forma plena todos os seus efeitos.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem ser de princípio institutivo ou programáticas. As de princípio institutivo têm como função precípua esquematizar a organização, criação ou instituição das entidades ou órgãos estatais, traçando suas respectivas atribuições e relações (SILVA, 2003).

As normas de conteúdo programático, que nos interessam mais de perto, são enunciados de princípios, que determinam o sentido geral da ordem jurídica, vez que

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

trazem consigo os fins e objetivos do próprio Estado. São normas que impõem limites à autonomia dos sujeitos, públicos ou privados, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados. Seu conteúdo revela o espírito próprio da Constituição, da ordem jurídica, econômica e social vigentes, vinculando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como de todos aqueles que se encontrem submetidos àquele ordenamento jurídico, revogando, ainda, por inconstitucionalidade, quaisquer normas cujos conteúdos lhes sejam contrários (SILVA, 2003).

Por serem normas que se caracterizam, basicamente, pela enunciação de princípios e texto impreciso, têm eficácia limitada, por dependerem de legislação infraconstitucional ou outras providências para que tenham plena aplicabilidade, como é o caso de grande parte das normas que veiculam direitos sociais, a exemplo do direito à saúde.

Verifica-se, assim, que, em se tratando de normas de conteúdo programático, a atuação do legislador ordinário definirá a extensão de sua aplicabilidade, expandindo-a – tendo em vista que, na falta de norma integradora, estes dispositivos constitucionais têm sua aplicabilidade bastante restrita, porquanto atrelada apenas à posição de supremacia hierárquica que ocupam.

A propósito, observa-se a existência de certa margem de discricionariedade para a atuação do legislador e do administrador público, os quais, a partir daquela norma constitucional, e à vista dos seus objetivos, podem promover a sua regulamentação da forma como entenderem mais adequada, com base nos critérios de conveniência e oportunidade – regrados, porém, pela estrita observância do escopo protetivo definido ao direito pelo texto constitucional.

A existência desta margem de discricionariedade, à evidência, não se confunde com arbitrariedade. Não podem o legislador e o administrador público se absterem de promover a regulamentação e a implementação das políticas públicas correspondentes, ou fazê-lo de modo insuficiente e desalinhado com os princípios e diretrizes constitucionalmente traçados, sob pena de inviabilizar o exercício dos

direitos sociais e, conseqüentemente, a própria efetividade da Constituição (WEIS, 2014).

Observa-se, assim, que, a despeito das suas peculiaridades, as normas que veiculam direitos sociais não são destituídas de aplicabilidade. Dentre os efeitos jurídicos que produzem está, como visto, a limitação da margem de discricionariedade do legislador e do administrador público.

Digno de nota, nesse sentido, a existência de um dever prestacional, direcionado a todos os órgãos estatais, de atuarem visando à máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais. A Constituição Federal, em seu art. 3º, III, prevê como um dos objetivos do Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e regionais. Deste modo, a implementação de direitos, sobretudo daqueles que figuram como instrumentos de promoção da igualdade, por meio da garantia de condições materiais de sobrevivência mínimas a todos, deve ser orientada pelo objetivo contido no art. 3º, III, da CF/88.

Nesse sentido, cabe destacar que não se ignora a existência de limites jurídicos e fáticos à concretização dos direitos sociais, como eventual necessidade de sopesamento com outros direitos fundamentais ou mesmo a inexistência de recursos suficientes para sua implementação integral imediata. Não obstante, a aplicabilidade das normas programáticas e o dever de atuação orientada para a redução das desigualdades demanda do Estado a implementação dos direitos sociais na maior medida possível, a fim de que, progressivamente, eles atinjam a máxima eficácia jurídica e efetividade.

Esse dever de implementação progressiva, direcionado sempre à ampliação das eficácias jurídica e social dos direitos sociais, é traduzido no princípio da vedação do retrocesso social, que passaremos a examinar de modo mais detido.

3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O princípio da vedação do retrocesso social pode ser definido, em linhas gerais, como a proibição de redução ou eliminação do grau de proteção jurídica já alcançado relativamente a um direito, por força de obrigações prestacionais instituídas no âmbito do Estado.

André de Carvalho Ramos (2017) identifica como fundamentos constitucionais do princípio da vedação do retrocesso social a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF/88), a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88), a proteção constitucional ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88) e a previsão constitucional das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Carlos Weis (2014), por sua vez, aponta como fundamentos constitucionais o incentivo à progressiva ampliação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º e art. 7º, *caput*, CF/88), o compromisso com a progressiva redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, I e III e art. 170, *caput*, e incisos VII e VIII, CF/88) e a máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88).

Já Ingo W. Sarlet (2016), além da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88) e das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF/88), indica como fundamentos constitucionais do princípio da vedação do retrocesso os princípios da segurança jurídica (arts. 5º, *caput* e 6º, CF/88) e da proteção da confiança.

Ao que tudo indica, a doutrina não diverge quanto ao reconhecimento de que o princípio da vedação do retrocesso social consiste em uma garantia constitucional implícita. Também não diverge quanto aos seus fundamentos – ao menos não de modo significativo.

Isso porque, ao invocar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a doutrina, em uníssono, reconhece não apenas a existência de um regime jurídico geral aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, mas, principalmente, a existência de uma obrigação estatal de zelar pela efetividade desses direitos, isto é, pela sua eficácia social, viabilizando o respectivo exercício pelos seus titulares e, ao mesmo tempo, garantindo a eficácia normativa da CF/88.

Nesse sentido, observa-se que as fundamentações apresentadas pelos autores citados, baseadas nas cláusulas pétreas, na proteção constitucional ao direito adquirido e nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, traduzem, a bem dizer, o compromisso do Estado com a estabilidade da ordem jurídica e, sobretudo, com a estabilidade da proteção conferida aos cidadãos. Indicam, ainda, que os direitos fundamentais, inclusive os de caráter social, são indisponíveis pelo Estado, que não pode decidir aniquilá-los ou restringir o seu âmbito de proteção, sob pena de caminhar em sentido antagônico ao traçado como diretriz de observância absoluta pela Constituição da República.

Deveras, se a eficácia jurídica dos direitos sociais é ampliada por meio da regulamentação infraconstitucional, as normas produzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo tornam-se parte de um arcabouço normativo definido por Jorge Reis Novais (2004) como sendo de natureza material jusfundamental. Desse modo, as normas que regulamentam e concretizam os direitos sociais são retiradas da esfera de disponibilidade dos detentores de poder político (NOVAIS, 2004), passando a incorporar o patrimônio jurídico da cidadania (BARROSO, 2006).

O princípio da vedação do retrocesso social, nesse sentido, desempenha papel de proteção da situação normativa das regras infraconstitucionais integradoras, garantindo, por conseguinte, a vinculação dos poderes públicos à Constituição Federal, bem como a eficácia jurídica e a efetividade dos direitos sociais.

Reconhecer a vedação do retrocesso social como um princípio constitucional implícito não significa ignorar que a implementação e proteção integrais dos direitos sociais não pode ser feita cabalmente de forma imediata. Sabe-se que a viabilização das condições materiais necessárias à dignidade humana depende da elaboração e implementação de políticas públicas, de processos complexos que demandam tempo, recursos materiais e financeiros e, não raras vezes, negociações políticas. Isso, no entanto, não isenta o Estado do dever de atuar positivamente, na medida do possível, para concretizá-las.

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O art. 12, inciso 1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo o Supremo Tribunal Federal, como norma supralegal – dispõe que os Estados signatários estão obrigados a adotar, até o máximo dos recursos disponíveis, as medidas que assegurem, progressivamente, o pleno exercício de todos os direitos por ele reconhecidos.

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU – CDESC (1990), órgão responsável pela interpretação oficial do PIDESC, o dispositivo normativo supracitado impõe aos Estados signatários, como é o caso do Brasil, obrigações de resultado no que toca à efetiva implementação dos direitos sociais, notadamente a adoção de medidas concretas que visem à progressiva realização desses direitos humanos.

As obrigações de resultado referidas pelo CDESC pressupõem a impossibilidade de realização integral e imediata dos direitos sociais – tanto que permitem aos Estados que cumpram progressivamente tais deveres. Isso não significa, contudo, que os Estados estejam autorizados a se absterem de agir.

Em verdade, é exatamente pela necessidade de tempo para a integral concretização dos direitos sociais que os Estados devem agir desde já e sempre. A obrigação de resultado diz com a comprovação de uma atuação estatal eficaz e contínua, realizada sempre na direção do cumprimento das imposições advindas do PIDESC.

Nesse sentido, as medidas de caráter regressivo devem ser absolutamente excepcionais. Isso porque é dever do Estado garantir aos indivíduos as condições materiais mínimas para uma existência digna, sobretudo em tempos de graves restrições orçamentárias (CDESC, 1990). A adoção de medidas que reduzam ou eliminem a proteção social já alcançada, desta feita, é não só excepcional, como, para ser válida, depende da comprovação de que o Estado lançou mão de todos os recursos e medidas possíveis para manter o grau de proteção – via de regra já bastante deficitário – daquele direito, assim como da imprescindibilidade do advento restritivo.

Vale anotar, por oportuno, lição de Cristina Queiroz (2006), acerca da necessária distinção entre reversibilidade fática dos direitos sociais e retrocesso social. Para a autora, a reversibilidade fática dos direitos sociais se relaciona com a escassez dos meios necessários à realização da prestação positiva (QUEIROZ, 2006). Como exemplo, podemos citar a situação vivida mundialmente no início da pandemia de COVID-19, na qual todos os Estados estavam obrigados a resguardar de modo eficaz a saúde dos indivíduos, inclusive de modo preventivo, mas ainda não haviam sido desenvolvidas vacinas eficazes contra a doença. Nesse cenário, o cumprimento do dever estatal de proteção adequada da saúde restou prejudicado, ante a inexistência fática dos meios materiais que o viabilizariam.

O retrocesso social, por sua vez, se refere à redução do direito adquirido pelos indivíduos, amplamente considerado – lembrando, que, como vimos, as prestações positivas do Estado, uma vez realizadas, integram o patrimônio jurídico da cidadania, tornando-se direito adquirido dos indivíduos, sendo, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade do legislador e do administrador público.

A verificação da ocorrência de retrocesso social, nesta senda, depende da identificação de uma redução ou eliminação de determinada proteção específica conferida ao direito social em questão e, concomitantemente, da inexistência de medidas compensatórias ou substitutivas que igualmente resguardem aqueles que antes se viam amparados pelo instrumento protetivo retirado de cena (QUEIROZ, 2006). A título de exemplo, podemos pensar em um Estado que altera um sistema de vacinação em massa eficiente e centralizado, substituindo-o por um sistema descentralizado que, na prática, dificulta o acesso da população à vacina.

Não por acaso a autora portuguesa inclui em sua definição do princípio da vedação do retrocesso a ideia de alternativas e compensações: “[c]oncretamente, a ‘proibição do retrocesso social’ determina [...] que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações” (QUEIROZ, 2006, p. 69). Afinal, tais medidas apenas alteram as prestações estatais, mas não reduzem, na prática, o grau de proteção aos direitos

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

sociais, considerado todo o conjunto legislativo e de políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado.

André de Carvalho Ramos (2017), também atento à possibilidade de eventuais restrições fáticas à adequada implementação dos direitos sociais – embora não adote a distinção entre reversibilidade fática e retrocesso social trazida por Cristina Queiroz –, afirma que eventual redução normativa ou fática da proteção de um direito social depende (i) da existência de justificativa de natureza jusfundamental para tanto, (ii) de a diminuição realizada superar o crivo da proporcionalidade, e (iii) da preservação do núcleo essencial do direito envolvido (RAMOS, 2017) – ou seja, a tutela do direito social em questão não poderá ser eliminada por completo.

O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a decidir, na arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 (ADPF 45), sobre a possibilidade de redução da proteção de direito social em razão da superveniência de restrições orçamentárias – a chamada *reserva do possível* –, reconheceu a gradualidade do processo de concretização desses direitos, bem como seu inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado.

No entanto, entendeu o Tribunal que a restrição orçamentária em questão somente justificará redução na proteção de direitos sociais se sua origem não for artificial, isto é, se não decorrer de indevida manipulação do orçamento.

Em outra oportunidade, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 727.864, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que cuidou, especificamente, sobre a concretização do direito social fundamental à saúde, restou assentado que o princípio da proibição do retrocesso é um parâmetro constitucional de validade dos atos e omissões estatais:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na

espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (BRASIL, 2014).

Sobre eventuais restrições orçamentárias e a concretização do direito à saúde, o Tribunal consignou, no mesmo acórdão, a impossibilidade de se premiar o administrador público que gerencia mal o orçamento, ou que deixa de dar à saúde a prioridade devida em face da Constituição Federal, com a sua desresponsabilização, acatando a alegação de reserva do possível, de um lado, e com a redução da proteção de um direito fundamental, de outro:

considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida. (BRASIL, 2014).

Observa-se, assim, que o STF, na mesma linha da doutrina, identifica no princípio da vedação do retrocesso social um limite à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, vinculando-os à máxima realização dos direitos sociais e à manutenção do grau de proteção já alcançado. Bem por isso, à medida que os direitos sociais são concretizados, o dever estatal, que inicialmente era de ordem prestacional, converte-se em dever de abstenção.

Não por outro motivo o Tribunal considera que o retrocesso social traduz verdadeira dimensão negativa. É que, à medida em que o Estado cumpre com seu dever prestacional, de atuar positivamente, elaborando e implementando políticas

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

públicas, ele passa a, progressivamente, ter o dever de se abster de praticar atos ou omissões que reduzam a proteção que a legislação e as políticas públicas implementadas garantem aos direitos sociais.

Daí o caráter relativo da liberdade de conformação do legislador e do administrador público no que toca à regulamentação desses direitos. Para o STF, o caráter programático das normas constitucionais que os veiculam, como é o caso da saúde, não autoriza as instituições públicas a fraudarem as justas expectativas da coletividade de que lhe serão garantidas as condições materiais mínimas de sobrevivência digna. E, se assim é, inexistente espaço amplo de discricionariedade para atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, ao menos naquilo que toca aos direitos sociais.

Atentando especificamente aos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, que nos interessam mais de perto, oportuno trazer à baila lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993). Para o autor, a discricionariedade é a margem de liberdade que a lei confere ao administrador público para que, dentro dos limites legais, promova a integração da norma jurídica segundo critérios subjetivos, buscando sempre os objetivos do ordenamento jurídico (MELLO, 1993).

Nesse sentido, não haveria ato propriamente discricionário, pois o administrador público estaria sempre vinculado ao menos à finalidade e à competência para prática do ato em questão (MELLO, 1993).

Possível verificar, desse modo, que quando se trata da implementação de direitos sociais, o administrador público tem sua margem de discricionariedade ainda mais limitada, devendo se conformar não apenas à finalidade e à competência que lhes são indicadas e conferidas pela lei, mas também ao princípio da vedação do retrocesso.

No processo gradual e progressivo de concretização dos direitos sociais, portanto, o administrador somente poderá optar por medidas que não importem na redução ou aniquilação da proteção a eles atualmente garantida.

Verifica-se, assim, que a ampliação da proteção legal e administrativa dos direitos sociais é inversamente proporcional à margem de discricionariedade do

administrador público. E não poderia ser diferente, afinal, quanto mais se amplia a eficácia jurídica e social desses direitos, mais o Estado se aproxima de seus objetivos – quais sejam, a máxima e efetiva concretização dos direitos sociais e da dignidade humana, além da redução das desigualdades. Não há, assim, motivo que legitime o Estado a caminhar em sentido reverso, afastando-se de seus objetivos, traçados, de forma imperativa, pela Constituição Federal.

Possível concluir, dessarte, que a vedação do retrocesso social é princípio implícito que reafirma o caráter normativo, vinculante e cogente dos direitos fundamentais em relação ao Estado, desempenhando papel importante na proteção e manutenção do arranjo constitucional brasileiro.

É em razão desse princípio que se identifica arcabouço normativo de natureza jusfundamental, que abarca todas as normas, constitucionais e infraconstitucionais, que visam à implementação desses direitos. Eventual inobservância desse arcabouço implica em violação constitucional, na medida em que reduz a eficácia jurídica e social do Texto Maior.

Nesse sentido, diz-se que o princípio da vedação do retrocesso social vincula a atuação do legislador e do administrador público, os quais deverão atentar não apenas ao programa fixado pelo constituinte, mas também para as diretrizes e objetivos que são adicionados por lei e demais atos regulamentares, bem como para as prestações sociais efetivamente realizadas.

Ao retirar a implementação dos direitos sociais do âmbito de disposição dos órgãos estatais, o princípio da vedação do retrocesso impede que direitos adquiridos sejam extirpados do patrimônio jurídico da cidadania dos indivíduos, reforçando a obrigação de resultado imediata imposta ao Estado, consistente na adoção de postura ativa, efetiva e constantemente orientada à satisfação de seus objetivos, sobretudo a redução das desigualdades e concretização da dignidade humana.

4 DOS DEVERES DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O direito à saúde é enunciado como um direito fundamental no art. 6º da Constituição Federal, tendo sua densidade normativa mais bem pormenorizada no título referente à ordem social, notadamente nos arts. 196 a 200, CF/88.

A ordem social compreende o sistema de seguridade social (arts. 194 a 204, CF/88), a educação, cultura e desporto (arts. 205 a 217, CF/88), a ciência, tecnologia e inovação (arts. 218 a 219-B, CF/88), a comunicação social (arts. 220 a 223, CF/88), o meio ambiente (art. 225, CF/88), a família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230, CF/88) e os índios (arts. 231 a 232, CF/88). Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015), a minúcia com a qual a Constituição trata desses direitos, regulamentando questões que, a rigor, ficariam a cargo da legislação infraconstitucional, revela um alto grau de desconfiança do constituinte nas instituições.

Trata-se de uma clara opção do constituinte de desenhar as bases das políticas públicas a serem implementadas, a fim de não as deixar dependentes da boa vontade dos legisladores e administradores públicos, reduzindo a discricionariedade destes sobre a matéria, e fortalecendo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No caso específico da saúde, possível observar que o constituinte não se limitou apenas à enunciação do direito e ao estabelecimento de diretrizes a serem seguidas pelos legisladores e administradores públicos para a sua implementação. Mais do que isso, ocupou-se de efetivamente desenhar a política pública de saúde brasileira, criando o Sistema Único de Saúde e fixando os seus objetivos (art. 198, CF/88), inclusive predeterminando, excepcionalmente, qual a porcentagem do orçamento dos entes políticos que deve ser destinada às políticas públicas na área (art. 198, §§ 1º a 3º, CF/88), estabelecendo algumas de suas atribuições (art. 200, CF/88), e autorizando, também, a participação complementar da iniciativa privada (art. 199, CF/88).

Tais normas, como se pode observar, criam plêiade de deveres e tarefas para o Estado, vinculando o legislador e o administrador público no momento de regulamentação do Sistema Único de Saúde e da prestação concreta da assistência na

área. De todo modo, como apontado no item anterior deste trabalho, em razão da constitucionalização dos direitos sociais e da vedação do retrocesso, princípio constitucional implícito, mesmo as normas programáticas traduzem obrigações de resultado imediatos, vinculando a atuação dos legisladores e administradores públicos.

É o caso, por exemplo, dos arts. 196 e 197, CF/88, os quais obrigam o Estado a elaborar e implementar políticas públicas de saúde, a serem executadas diretamente pelos órgãos estatais, em conformidade com os princípios do acesso universal e igualitário, para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Além de observar o programa de saúde veiculado por esses dispositivos constitucionais, por força do princípio da vedação do retrocesso social, os legisladores e administradores públicos têm o dever de se orientar pela máxima efetividade do direito à saúde. Sua obrigação é elaborar e implementar políticas públicas que ampliem a proteção dessa necessidade básica à manutenção da vida e da dignidade humanas, sendo vedadas, em princípio, quaisquer medidas, mesmo as de índole infraconstitucional, que reduzam ou extingam a proteção ao bem jurídico fundamental, já que os poderes constituídos, embora tenham competência para ampliar a eficácia e a efetividade dos direitos sociais, como visto, deles não podem dispor.

Tendo esse panorama em vista, passaremos agora ao exame dos deveres que o Estado brasileiro tem no que tange ao direito à saúde, dando especial enfoque às obrigações relativas à prevenção de doenças, que nos interessam mais de perto.

A saúde compõe o sistema de seguridade social (art. 194, *caput*, CF/88), que consiste em instrumento estatal especificamente voltado à proteção das necessidades sociais básicas, individuais e coletivas, por meio do qual o Estado se obriga “a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas” (HORVATH JUNIOR, 2014, p. 123). É a partir do desenho desse sistema – em grande parte realizado pelo próprio constituinte, como apontamos – que o Estado brasileiro estabelece, visando ao bem-estar e a justiça sociais (art. 1º, III, e art. 3º, III, CF/88), a tutela de base, isto é, o mínimo social nacional.

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O fato de a saúde compor o sistema de garantias do mínimo social nacional apenas reforça a impossibilidade de redução da amplitude da proteção conferida pelo Estado a esse direito. Afinal, essa proteção é o piso das prestações de saúde às quais os cidadãos têm direito. Vale destacar, nesse sentido, que o direito à saúde encontra estreita vinculação com o direito à vida, sendo condição indispensável à efetivação da dignidade humana. Como aduz Ingo W. Sarlet (2016), “a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva” (SARLET, 2016, p. 624).

Nesse sentido, eventual redução do patamar mínimo de garantias da saúde implica, inevitavelmente, na redução da dignidade humana, o que é vedado ao Estado. Seus esforços, portanto, devem ser sempre no sentido de ampliar a proteção à saúde.

Não por outro motivo, entende-se que o reconhecimento de um direito subjetivo – individual ou coletivo – a prestações materiais no âmbito da saúde, passível de ser deduzido diretamente do Texto da Constituição, é corolário da própria previsão do direito à saúde como direito fundamental (SARLET, 2016).

Imperioso destacar, no ponto, que o art. 196 da CF/88 impõe ao Estado um claro dever de garantir saúde para todos, isto é, de respeitar o princípio do acesso universal e igualitário à saúde. O acesso universal significa que a condição humana é suficiente para que um indivíduo tenha direito à saúde e direito de acesso aos serviços e prestações a ela relativos. O acesso igualitário, por sua vez, decorre do direito à vida, igualmente garantido a todos os cidadãos, e diz respeito à necessidade de atendimento integral de todos, na medida de sua necessidade, sendo autorizadas discriminações positivas, a fim de garantir a quem tiver mais necessidades, maior acesso às prestações (HORVATH JUNIOR, 2014).

Ademais, o atendimento de saúde deverá ser integral (art. 198, II, CF/88), compreendendo tanto ações preventivas como curativas (art. 7º, II, Lei n. 8.080/90). Diferentemente da previdência e assistências sociais, os outros dois direitos que compõem o sistema de seguridade social, à saúde não se aplicam os princípios da seletividade e da distributividade. Em razão da previsão constitucional de atendimento integral, não cabe ao Estado selecionar prioridades, na medida em que ele se

comprometeu a reduzir os riscos e as complicações advindas das doenças (HORVATH JUNIOR, 2014).

A saúde é definida pelo Protocolo de San Salvador como o estado de completo bem-estar físico, social e mental, não se reduzindo, portanto, à mera ausência de dores e enfermidades. Nesse sentido, a garantia constitucional da *saúde para todos*, titularizada pelos indivíduos que estejam em território nacional, obriga o Estado a não apenas suprimir todos os obstáculos que impeçam a fruição, pelas pessoas, de completo bem-estar, mas também fomentar continuamente a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos (HORVATH JUNIOR, 2014).

Não à toa, o constituinte predeterminou como uma das prioridades das prestações estatais de saúde, o desenvolvimento de atividades de caráter preventivo (art. 198, II, CF/88). Ao Estado cabe, por certo, agir para recuperar a saúde dos cidadãos e suprimir os obstáculos que se lhes apresentam e impedem que gozem de um estado de bem-estar completo. Mas não só: o Estado também está obrigado a promover e proteger a saúde dos indivíduos, a fim de evitar ou reduzir as chances de comprometimento de sua higidez e sua integridade pelos riscos impostos pela vida em sociedade (HORVATH JUNIOR, 2014).

Quando se fala, portanto, na garantia de saúde para todos, estamos a nos referir não apenas às ações de ordem curativa, mas também às ações de ordem preventiva. A prevenção é um dos pilares da garantia do mínimo social nacional e não pode ser negligenciada pelo Estado, mesmo tendo em conta que dela – e apenas dela – brota quadro de bem-estar físico e mental.

As ações preventivas ganham especial relevo quando examinamos a saúde sob a perspectiva coletiva, que se caracteriza pelo estabelecimento de marcos mínimos de defesa e fiscalização da saúde pública. Afinal, a garantia da dignidade humana e da vida depende de um adequado grau de proteção do bem-estar coletivo, de modo que os indivíduos não padeçam por doenças evitáveis ou morram prematuramente (ALVES, 2018). É dever do Estado, nesse sentido, garantir não apenas possibilidades adequadas

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

de recuperação de enfermos, mas viabilizar as condições sanitárias necessárias e possíveis para impedir o adoecimento da população.

O Texto Constitucional, ao estabelecer em seu art. 200, exemplificativamente, as atividades a serem desenvolvidas pelo SUS, dá especial ênfase às ações preventivas. Dentre as providências ali citadas estão o controle e a fiscalização de procedimentos e produtos, bem como de alimentos, medicamentos e demais substâncias de interesse da saúde, execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saneamento básico.

Observa-se assim que, preocupado com a possibilidade de os legisladores e administradores públicos se limitarem a concretizar o direito à saúde em sua dimensão curativa, o constituinte optou por vincular ao SUS uma série de ações de ordem preventiva, sublinhando, especialmente no art. 198, II, CF/88, o caráter prioritário de tais providências.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), firmado no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, prevê, em seu art. 12, o direito dos indivíduos à saúde física e mental, bem como o dever dos Estados signatários, dentre eles o Brasil, de assegurar o pleno exercício desse direito, mediante prestações positivas, a exemplo da “prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças” (art. 12, inciso 2, “c”, PIDESC).

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC), responsável pela interpretação oficial do PIDESC, em seu Comentário Geral n. 14 (2000), no qual examinou o teor do art. 12 supramencionado, apontou que os Estados têm o dever específico e contínuo de caminhar de modo eficaz e célere em direção à concretização de todos os direitos previstos no Pacto, mencionando, como exemplo de descumprimento das obrigações dele decorrentes, a falha em viabilizar a vacinação contra as doenças locais mais infecciosas.

Além disso, o CDESC (2000) destacou que é vedado o retrocesso no que diz respeito às medidas relativas à concretização do direito à saúde. Eventual redução do grau de proteção desse direito depende da comprovação, pelo Estado, de que tomou todas as medidas possíveis para evitar a decisão mais drástica, bem como que, dentro do cenário considerado amplamente, continua a adimplir os termos do Pacto.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (igualmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal), prevê, em seu art. 10, o direito dos indivíduos ao mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, bem como o dever dos Estados signatários de disponibilizarem atendimento primário universal, total imunização contra doenças infecciosas e prevenção e tratamento das doenças endêmicas.

Na seara legislativa interna, além da Constituição Federal e da Lei 8.080/90 (Lei do SUS), que obrigam o Estado a atuar positivamente na prevenção de doenças, cabe citar a Lei 6.259/75, que organiza as ações de vigilância epidemiológica no País. De acordo com referida lei, cabe ao Ministério da Saúde a coordenação das ações relativas ao controle de doenças transmissíveis, cuja realização será feita pelo conjunto dos serviços de saúde habilitados (arts. 1º e 2º, Lei 6.259/75).

Seguindo a organização regionalizada e hierarquizada do SUS (arts. 198, CF/88; 4º e 7º, IX, da Lei 8.080/90), a vigilância epidemiológica é coordenada por órgão vinculado à União, ao qual incumbe organizar as informações necessárias à programação e à avaliação das medidas de controle de doenças, bem como elaborar o Programa Nacional de Imunizações – PNI (art. 3º, Lei 6.259/75).

O PNI é o programa que define as vacinações a serem aplicadas em território nacional, inclusive as de caráter obrigatório, devendo coordenar a execução das agendas de vacinação pelas secretarias estaduais e municipais de saúde (art. 4º, § 1º, Lei 6.259/75). Trata-se de programa anualmente atualizado, que tem como “principal pilar a disponibilização, a todos os cidadãos brasileiros, de todas as vacinas obrigatórias presentes no calendário da Organização Mundial de Saúde” (MELLO, 2020, p. 311),

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

gerando, assim, um direito público subjetivo, titularizado por todos os cidadãos, a serem beneficiados com a cobertura vacinal (MELLO, 2020).

Possível observar, assim, que todo o arcabouço normativo brasileiro protege de forma ampla o direito à saúde, inclusive em sua dimensão coletiva e preventiva. A fim de garantir a execução de políticas públicas preventivas, tratou o constituinte de incluí-las dentre as atribuições do SUS, vinculando, por conseguinte, a regulamentação infraconstitucional e a execução das políticas públicas de saúde.

Nunca é demais recordar que a regulamentação e implementação de políticas públicas pelos legisladores e administradores públicos restringe progressivamente a sua própria discricionariedade. Isso porque o princípio da vedação do retrocesso social impede que haja redução ou eliminação da proteção de direitos fundamentais. Uma vez ampliada a eficácia jurídica e a efetividade dos direitos sociais, como é o caso da saúde, surge para o Estado, em relação àquilo que está atualmente garantido, um dever negativo, que consiste em se abster de atuar de modo a reduzir ou eliminar a sua proteção.

Assim, no momento em que teve início a pandemia de COVID-19, o Brasil possuía uma legislação e uma política pública de saúde bem estruturadas e bastante protetivas, que garantem aos brasileiros o direito à imunização tempestiva contra a doença.

5 A IMUNIZAÇÃO CONTRA A COVID-19 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO

A pandemia de COVID-19 vem exigindo uma série de variados esforços do Estado para que haja adequada proteção e preservação da vida e da saúde dos brasileiros. Por se tratar de doença altamente contagiosa, para a qual ainda não existe tratamento medicamentoso, a distribuição adequada das vacinas adquire um caráter especialmente fundamental na prevenção e na contenção da circulação do vírus em território nacional.

Em vista disso, e à luz de todo o exposto acerca do princípio da vedação do retrocesso social, bem como dos direitos dos cidadãos e deveres do Estado no que toca à saúde, sobretudo às ações de caráter preventivo, passaremos a analisar se as ações tomadas até agora no Brasil para a imunização coletiva estão em consonância com o estipulado pelo constituinte.

É de conhecimento comum a inexistência, no país e com disponibilidade imediata, da totalidade de doses necessárias à imunização de todos os cidadãos. Conquanto este fato impeça, na prática, que a vacinação se dê na velocidade ideal para mitigar os efeitos nocivos que a COVID-19 vem causando, não é apto a isentar o Estado brasileiro de atuar para garantir, progressivamente e na medida do possível, a vacinação de todos.

Analisando o Plano Nacional de Imunização apresentado pela União (BRASIL, 2021b), é possível verificar, por exemplo, que alguns dados que seriam fundamentais para o planejamento a longo prazo da vacinação não foram apresentados. No documento, são traçadas estimativas acerca da quantidade de doses necessárias à imunização de cada grupo etário ou prioritário, mas não é informado o número de doses efetivamente compradas, a previsão de entrega das remessas adquiridas, e nem mesmo a quantidade que será disponibilizada a cada Estado em cada período, ou o calendário unificado de vacinação.

Outrossim, não contribuem para a efetividade do direito à saúde políticas negacionistas, que levaram o Estado brasileiro a postergar, de forma injustificável, a celebração de contratos para a aquisição de insumos e de vacinas, tudo a tornar socialmente instável e incerta a efetiva imunização com a cobertura ampla que advém das normativas internacionais e internas acima delineadas.

Esse cenário, somado ao fato de que as vacinas que compõem o Plano Nacional de Imunização ou são produzidas no exterior, ou dependem de insumos ou materiais enviados por outros países ao Brasil, impede que se tenha um mínimo de segurança na execução do PNI.

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Tem sido corriqueiro o anúncio, pelas autoridades do Poder Executivo, de que em uma data específica será disponibilizado certo número de vacinas e, dias ou semanas depois, a informação retificada, revelando que a quantidade de doses à disposição da população é inferior à inicialmente noticiada (BARIFOUSE, 2021).

Além de tal prática importar na quebra da justa confiança que os cidadãos deveriam devotar às instituições públicas, um dos alicerces da existência do próprio Estado Democrático de Direito, ela também impacta negativamente na execução da vacinação. Isso porque, ao contarem com a disponibilização de novas doses, os agentes de saúde dão sequência às vacinações, muitas vezes liberando-as para novos grupos etários ou de prioridade. Assim, quando as novas doses não chegam, os administradores públicos se veem obrigados a suspender temporariamente a vacinação por completo, frustrando as legítimas expectativas sociais.

De se mencionar, ainda, a orientação dada por alguns administradores públicos aos seus agentes de saúde, no sentido de não guardarem a segunda dose da vacina para ser aplicada àqueles que já tomaram a primeira, contando com a posterior chegada de mais doses. Quando tais doses não são disponibilizadas, pessoas que já haviam tomado a primeira dose têm o seu acesso à vacinação integral obstruído (BARIFOUSE, 2021).

Vale destacar, nesse sentido, que o PNI é bastante claro quanto à necessidade de se aplicar a segunda dose. Segundo o documento, “a vacinação deverá respeitar os intervalos recomendados para cada fabricante para assegurar a melhor resposta imune”. Isso porque “atrasos em relação ao intervalo máximo recomendado para cada vacina devem ser evitados uma vez que não se pode assegurar a devida proteção do indivíduo até a administração da segunda dose” (BRASIL, 2021b, p. 35).

Não há dúvidas, portanto, de que, em matéria de imunização contra a COVID-19, o dever estatal de proteção à saúde de modo preventivo e integral se traduz sobretudo no fornecimento, aos cidadãos, das duas doses da vacina dentro do intervalo máximo recomendado pelos seus respectivos fabricantes.

Corroborando esse entendimento a decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski do STF, na Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, na qual restou consignado que os administradores públicos não podem promover alterações nos planos de imunização se isso implicar no atraso para além do máximo recomendado pelos fabricantes de vacinas, da aplicação da segunda dose naqueles que já foram contemplados com a primeira. Segundo o Ministro, a não aplicação da segunda dose dentro do prazo esperado frustra a legítima confiança do administrado, além de configurar, em tese, improbidade administrativa.

Observa-se, assim, que, quando se anuncia a futura disponibilização de uma determinada quantidade de doses e isso não se concretiza, ou quando se atrasa a aplicação da segunda dose da vacina para além daquilo que os fabricantes recomendam, há evidente e inequívoco retrocesso social.

No primeiro caso, se não há a paralisação completa da vacinação, há no mínimo um atraso na disponibilização das doses para os grupos etários que ainda aguardam ser imunizados. Isso por si só representa um retrocesso, na medida em que frustra a confiança dos cidadãos nas instituições e órgãos estatais, confiança esta que é, como vimos, um dos fundamentos do princípio da vedação do retrocesso social.

No segundo caso, além da violação à proteção da confiança, a não aplicação da segunda dose dentro do limite máximo autorizado pelos fabricantes das vacinas fere o direito subjetivo individual à imunização completa do cidadão que já havia tomado a primeira dose. Fere, ainda, o direito da coletividade a ver reduzidas as chances de contaminação com o vírus e, portanto, a não padecer por doenças evitáveis.

Ao anunciar a disponibilização de uma determinada quantidade de vacinas, o Estado se obriga a fornecê-las à população, criando um novo patamar de mínimo social para os grupos que a elas teriam acesso. Quando isso não se concretiza, o Estado está fazendo retornar o grau de proteção à saúde daqueles grupos ao patamar anterior, bem como reduzindo a eficiência da própria política de imunização, cujo sucesso depende da rápida vacinação de cerca de 90% da população, segundo o PNI apresentado em janeiro pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2021a).

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Vale destacar aqui que não se tratam tais hipóteses de reversibilidade fática. Conforme já tivemos oportunidade de destacar, a reversibilidade fática se caracteriza pela inexistência de elemento fundamental à concretização de um direito social. No caso em análise, contudo, a indisponibilidade de vacinas se deve, como demonstramos, à gestão inadequada, por parte do Poder Executivo, dos bens materiais que tem disponíveis para promover a imunização da população.

Nesse sentido, de se recordar trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 727864, já mencionado anteriormente, em que registrou:

a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida. (BRASIL, 2014).

Não foi por outro motivo que o Ministro Ricardo Lewandowski do STF, na Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, anotou a responsabilidade dos administradores públicos pelos problemas que ocorrerem na execução do programa de imunização.

Se no início da pandemia era possível falar na ocorrência de reversibilidade fática atrelada ao dever estatal de garantir o direito à saúde e, mais especificamente, à prevenção, em razão do fato de ainda não terem sido inventadas as vacinas contra a

COVID-19, agora que elas existem o Estado está obrigado a atuar de todas as formas possíveis para viabilizar a imunização de sua população em lapso temporal razoável.

E, se assim o é, quaisquer percalços que ocorram até que todos os cidadãos tenham tido acesso às vacinas devem ser presumidos como retrocesso social.

6 CONCLUSÃO

A vedação do retrocesso social é princípio constitucional implícito que impede que a proteção dos direitos sociais alcançada seja reduzida ou eliminada pelo Estado sem a adoção de medidas compensatórias. Vincula, por isso, a atuação do legislador e do administrador público, os quais, no momento de promover a integração das normas constitucionais, devem atentar não apenas para os objetivos e diretrizes constitucionais, mas também para toda a regulamentação infraconstitucional voltada à implementação de políticas públicas por eles mesmos traçadas.

É que, sendo as normas constitucionais de direitos sociais, como regra, programáticas, a atuação dos legisladores e administradores públicos acaba por ampliar a sua eficácia jurídica e a sua efetividade. Nesse sentido, essas normas integradoras dos comandos constitucionais compõem um arcabouço jurídico de natureza jusfundamental, que integra o patrimônio jurídico da cidadania dos indivíduos.

Desse modo, ao contrário do que se poderia pensar, o fato de o legislador e o administrador público ampliarem a eficácia jurídica e social dos direitos sociais não os autoriza a deles disporem, podendo vir a reduzir-lhes o alcance futuramente. Em verdade, em matéria de direitos sociais, a ampliação de sua proteção jurídica e de seu grau de concretização é inversamente proporcional à margem de discricionariedade dos Poderes Legislativos e Executivos.

Isso porque o dever estatal que antes consistia em um agir positivo, aos poucos, progressivamente, transmuta-se em um dever de abstenção relativamente àquilo que foi implementado por meio das prestações positivas.

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Reconhecer o princípio da vedação do retrocesso social e, portanto, a obrigação dos poderes constituídos de atuarem sempre orientados pela máxima efetividade dos direitos sociais, não significa ignorar que a implementação e proteção integrais dos direitos sociais não pode ser feita cabalmente de forma imediata. Importa, em verdade, no reconhecimento de que a regra deve ser a ampliação do grau de proteção dos direitos fundamentais, sendo a sua redução admitida apenas excepcionalmente.

Em matéria de direito à saúde, o Estado brasileiro está obrigado a garantir acesso universal e igualitário às políticas públicas sanitárias, devendo priorizar as ações preventivas. Dentre elas o constituinte elencou as ações de vigilância epidemiológica e o controle de doenças transmissíveis. A coordenação dessas ações fica a cargo do Ministério da Saúde, mas a sua execução é descentralizada, podendo ser realizada também por agentes sanitários dos Estados, Distrito Federal, Municípios e, mesmo, por funcionários de entidades privadas.

Como parte da função de coordenação das ações de vigilância epidemiológica, cabe ao Ministério da Saúde elaborar o Plano Nacional de Imunizações (PNI), que organiza o calendário de vacinação nacional, garantindo aos cidadãos brasileiros acesso a todas as vacinas obrigatórias.

Possível observar, assim, que quando teve início a pandemia de COVID-19, o Brasil já possuía uma legislação e uma política pública de saúde bem estruturadas e bastante protetivas, que garantiam, inclusive, o direito dos brasileiros à imunização completa e tempestiva contra a doença.

Conquanto a indisponibilidade imediata da totalidade de doses que devem ser aplicadas para que se garanta a imunização de toda a população brasileira seja, de fato, um problema a ser enfrentado pelo Estado, ele não o isenta da obrigação de atuar preventivamente contra a doença.

A implementação integral dos direitos sociais, como é o caso da saúde, demanda tempo e recursos, de modo que o que se exige do Estado é uma atuação contínua e progressiva, orientada pela máxima efetividade do direito fundamental em

questão. Assim, cabe ao Estado, na medida do possível, promover a vacinação dos brasileiros.

O que se tem observado, contudo, é que, mesmo considerado o quadro fático atual, o Estado tem falhado em garantir aos cidadãos esse direito à imunização completa. Isso porque, primeiramente, o PNI apresenta apenas estimativas sobre a quantidade de vacinas e insumos necessários à imunização dos habitantes do país. Não há, contudo, informações acerca do número de doses efetivamente compradas pela União e nem de que modo e em que quantidade serão distribuídas para os Estados e Municípios.

Ademais, tem sido corriqueiro o anúncio sobre a disponibilização de um determinado número de vacinas, que posteriormente não se concretiza, provocando, em muitos casos, a paralisação da vacinação e até mesmo a não aplicação da segunda dose dentro do prazo máximo estipulado pelo fabricante do fármaco em quem já recebeu a primeira.

Tais práticas implicam na redução da proteção do direito à saúde, na medida em que reduzem o impacto positivo que a prevenção pela via da vacinação provoca na diminuição da circulação do vírus, violam o direito ao atendimento de saúde universal e igualitário, e ainda ferem a confiança que os cidadãos depositam nas instituições estatais. Trata-se, a toda evidência, de um conjunto de práticas que provoca retrocesso social em matéria de imunização, que decorre, ao que tudo indica, da má gestão, pelos Poderes Executivos, dos recursos materiais e financeiros de que dispõem para atuarem preventivamente contra a pandemia.

Como consequência desse retrocesso social, podemos ter a responsabilização dos administradores públicos como incursos em improbidade administrativa, como apontou o STF no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, bem como a condenação das Fazendas Públicas, em processos judiciais, na obrigação de fazer consistente em fornecer tempestivamente as duas doses das vacinas, observando os parâmetros fixados no julgamento da ADPF 45, centralizando, por conseguinte, a coordenação da execução do PNI no STF, como já vem ocorrendo (confira-se, a

O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

propósito, o julgamento das ADIs 6.341-MC-Ref/DF, 6.343- MC-Ref/DF, 6.362/DF, 6.587/DF e 6.586/DF e da ADPF 754-MC-Ref/DF).

REFERÊNCIAS

ALVES, Aline Jurca Zavaglia Vicente. Saúde de qualidade. *In*: BALERA, Wagner e SILVA, Roberta da (Org.). *Comentários aos objetivos de desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Verbatim, 2018.

BARIFOUSE, Rafael. Covid-19: os erros que levaram centenas de cidades a suspender vacinação por falta de 2ª dose. *BBC News Brasil*, São Paulo, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56952234>. Acesso em: 04 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2a. Turma). *ARE 727864 AgR/PR*. Recurso Extraordinário Com Agravo (Lei Nº 12.322/2010) – custeio, pelo estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do sus atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública – dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos estados [...]. Relator(a): Celso De Mello, julgado em 04 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19*. 4. ed. Ministério da Saúde: Brasília/DF, 2021a. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/janeiro/29/PlanoVacinaoCovid_ed4_15fev21_cgpmi_18h05.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19*. 5. ed. Ministério da Saúde: Brasília/DF, 2021b. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

CDESC. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário Geral n. 3*, 1990. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>, Acesso em: 13 maio 2021.

CDESC. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Observation Générale No. 14*, 2000. Disponível em: <https://www.right-to-education.org/fr/resource/comit-des-droits-conomiques-sociaux-et-culturels-observation-g-n-rale-no14-le-droit-au>. Acesso em: 13 maio 2021.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação*. São Paulo: Almedina, 2019.

MELLO, Cecília. Expectativas sobre uma vacina contra o vírus da COVID-19: algumas reflexões jurídicas e sociais. *Revista dos Tribunais*, v. 1022/2020, p. 307-325, dez/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios estruturais da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo W. Dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G. e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Artigo recebido em: 06/09/2021

Artigo aprovado em: 26/12/2021