

VACINAÇÃO E ESCASSEZ: CRITÉRIOS ÉTICOS E JURÍDICOS PARA A ALOCAÇÃO DE RECURSOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

VACCINATION AND SCARCITY: ETHICAL AND LEGAL CRITERIA FOR RESOURCES ALLOCATION IN THE NEW CORONAVIRUS PANDEMIC CONTEXT

LUCIANA GASPAR MELQUIADES DUARTE

Doctor and Masster in Public Law from Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); and Associate Professor at Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1321-5313>

VÍCTOR LUNA VIDAL

Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (Brasil).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5288-7051>

RESUMO

Contextualização: Escassez severa de vacinas no Brasil no contexto pandêmico e investigação crítica de parâmetros éticos e jurídicos para a alocação dos imunizantes. **Objetivo:** Esta pesquisa busca investigar a eticidade e a juridicidade do Plano Nacional de Imunização contra a Covid-19 (PNI) e propor critérios para a obtenção de justiça na distribuição vacinal. **Método:** O estudo utiliza o método teórico-dedutivo para a realização de uma pesquisa qualitativa com abordagem analítica e propositiva, mediante emprego de fontes indiretas de pesquisa como textos científicos e marcos normativos. **Resultados:** O estudo concluiu pela adoção parcial do critério das responsabilidades especiais, o que implicaria a disponibilização prioritária de imunizantes aos profissionais de saúde, desde que limitada àqueles que atuam no combate da pandemia ou em ações em defesa da vida. Sustentou a priorização de grupos vulneráveis sanitária ou socialmente, o que corresponde ao critério da morte iminente. Conduziu à percepção da validade da proteção de alguns grupos profissionais, à crítica da falta de especificação de critérios para a preferência de outros, e censurou a ausência de prioridade de algumas categorias. Por fim, foi proposta a organização do calendário vacinal, após a imunização dos grupos contemplados no PNI, em ordem decrescente à percepção de renda *per capita*, em virtude do maior risco inerente às classes financeiramente mais carentes. **Conclusões:** O PNI atende a alguns critérios de equidade consoantes ao Direito e aos valores potencialmente perfilhados pela sociedade brasileira, mas carece de aperfeiçoamento no processo distributivo vacinal para o alcance pleno da justiça sanitária. **Palavras-chave:** Vacina. Escassez severa. Direito à vida. Direito à saúde. Equidade.

1 INTRODUÇÃO

Os critérios a serem utilizados para a distribuição de vacinas contra a Covid-19 caracterizam um dos pontos mais controvertidos no atual cenário¹ da pandemia no Brasil, em

¹ Este relatório de pesquisa foi escrito em março de 2021, momento em que o número de vacinas disponível para a população ainda não se fazia suficiente sequer para a imunização dos grupos prioritários (BRASIL, 2021). As discussões levadas a cabo neste texto, portanto, são extremamente aderentes ao contexto de escassez severa de recursos imprescindíveis ao salvamento de vidas humanas.



virtude do fato de serem os imunizantes recursos severamente escassos²³. Ao implicarem potencialmente decisões sobre quem poderá viver ou morrer, aludidas como escolhas trágicas⁴, os parâmetros distributivos invocam discussões jurídicas e éticas⁵ por repercutirem sobre a noção de equidade de acesso aos meios necessários à preservação da vida⁶ e da saúde, direitos positivados na Constituição (BRASIL, 1988).

Considerando os fatores enunciados, a presente investigação irá analisar reflexivamente critérios para a distribuição de vacinas no âmbito nacional, tendo como recorte

² A escassez consiste na ausência de recursos suficientes para a satisfação integral de todas as necessidades humanas, e pode se manifestar em diversos níveis, de acordo com as possibilidades de sofrer a interferência humana em prol de sua eliminação ou redução. É considerada *quase natural* quando sua oferta pode ser elevada a patamares capazes de suprir a necessidade de quase todos ou a quase todas as necessidades das pessoas. É reputada *natural* quando, ainda que viável, não se observa a ação do homem para reduzi-la, e o suprimento das necessidades dos homens se dá em conformidade com a oferta de recursos efetuada pela natureza. Quando a interferência humana não é possível e afeta recursos imprescindíveis à vida do homem, a escassez é qualificada como *severa* (DUARTE, 2020).

³ Recursos sanitários podem ser considerados severamente escassos quando insuficientes para a satisfação de demandas de saúde de primeira necessidade, definidas por Duarte (2020b) como aquelas imprescindíveis para a sobrevivência do homem ou para a vida humana em padrões mínimos de dignidade. Isso se deve à pertença dessas prestações ao conteúdo do núcleo essencial desse direito, que, de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2011), deve ser integralmente concretizado, sendo absoluta a cogência da norma que o veicula em virtude de sua natureza jurídica de regra. Assim, limites à eficácia integral de uma norma regra são considerados cláusulas de exceção, que devem ter seu fundamento normativo na proteção de bem jurídico de mesmo status hierárquico que o bem jurídico restringido, que exigirá a demonstração de lastro constitucional para os critérios alocativos dos recursos severamente escassos. Quando, porém, os recursos sanitários forem insatisfatórios para satisfazer demandas de saúde de segunda necessidade, assim qualificados aqueles inerentes a níveis intermediários ou suaves da dignidade e integrantes do conteúdo jurídico de uma norma-princípio, reconhecida como um mandamento de otimização a ser implementado de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas (DUARTE, 2020b), a escassez não será considerada severa, mas um limite fático à eficácia do princípio que veicula prestações sanitárias alheias ao núcleo essencial do direito à saúde.

⁴ Escolhas trágicas são, de acordo com Bobbit e Calabresi (1978), aquelas às quais sucedem, necessariamente, o perecimento de bens de elevada importância e cuja preservação seria desejada caso houvesse a possibilidade de garanti-la. Porém, os autores afirmam que, se tais escolhas fossem norteadas por valores morais da comunidade, não seriam consideradas contradições morais.

⁵ A dimensão ética diz respeito à conformação dos parâmetros que norteariam a definição da ordem prioritária de vacinação aos valores perfilhados pela sociedade (BITTAR, 2018); a dimensão jurídica implica o exame da conformação destes critérios aos preceitos do Direito vigentes e existentes no contexto dinâmico em que a discussão se situa (BITTAR, 2018). A discussão sobre a escassez de vacinas implica discussões éticas porque desafia valores sociais relevantes, como a vida e a saúde, que devem ser garantidos, em conformidade com a Constituição (BRASIL, 1988), de forma isonômica. A exigência de igualdade no acesso à proteção desses valores desencadeia, portanto, a análise jurídica, sobretudo a se considerar que, não sendo possível sua preservação universal, os critérios para a alocação prioritária dos insumos necessários para tanto devem ser discursivamente definidos, de maneira a se tentar alcançar um ideal a democracia sanitária.

⁶ O PNI (BRASIL, 2021) confirma o entendimento de que as vacinas contra a Covid-19 precisariam, para eliminar a doença, ser aplicadas à aproximadamente 70% da população, e que, como não existe, no momento, a disponibilidade de quantitativo suficiente para tanto, a redução da mortalidade passa a ser o objetivo da imunização contra a doença, bem como a preservação do funcionamento do sistema de saúde. Veja-se: “Considerando a transmissibilidade da covid-19 (R0 entre 2,5 e 3), cerca de 60 a 70% da população precisaria estar imune (assumindo uma população com interação 25 homogênea) para interromper a circulação do vírus. Desta forma seria necessária a vacinação de 70% ou mais da população para eliminação da doença, a depender da efetividade da vacina em prevenir a transmissão. Portanto, em um momento inicial, onde não existe ampla disponibilidade da vacina no mercado mundial, o objetivo principal da vacinação passa a ser focado na redução da morbimortalidade causada pela covid-19, bem como a proteção da força de trabalho para manutenção do funcionamento dos serviços de saúde e dos serviços essenciais” (BRASIL, 2021, p. 24-25).

o Plano Nacional de Imunização contra a Covid-19 – PNI (BRASIL, 2021), recentemente implementado pelo Governo Federal.

O trabalho adotará como premissa, à luz das Teorias da Argumentação Jurídica e dos Direitos Fundamentais de Alexy (2005; 2011), o entendimento de que, no Estado Democrático de Direito, os critérios adotados para alocação submetidas requer intenso debate público⁷, cuja ausência exige um esforço analítico e argumentativo ainda maior da comunidade científica, que deve ancorar-se na racionalidade discursiva com o escopo de construção de propostas legítimas para a priorização de determinados grupos.

O artigo utilizará o método de investigação dedutivo para a consecução de uma pesquisa de natureza qualitativa do tipo analítico-propositiva, alicerçada no emprego de fontes indiretas. Trata-se de uma investigação teórico-crítica, que, além de alicerçar-se em fontes bibliográficas, vale-se também da estratégia de análise documental de textos normativos nacionais, bem como de dados empíricos referentes à evolução da pandemia e ao quantitativo de imunizantes disponíveis no Brasil, com foco na consecução da equidade e na promoção da justiça distributiva vacinal. Com lastro nestas estratégias de ação, o PNI (BRASIL, 2021) será analisado, de maneira que será confirmada a plausibilidade de alguns parâmetros eleitos, refutada a de outros e, ainda, criticada a ausência de outros critérios, mediante a elaboração da proposta para que sejam incluídos e, assim, se alcance maior respeito aos alicerces sanitários de um Estado Democrático de Direito.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DA REDE PÚBLICA SANITÁRIA BRASILEIRA

A saúde é definida na Constituição da Organização Mundial de Saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (OMS, 1946), devendo os serviços que a implementam, de acordo com Bodra e Dallari (2020, p. 255), serem pautados na cooperação e nos esforços das instituições e da sociedade civil em prol da

⁷ Segundo Aith (2015) e em conformidade com os preceitos da Constituição (BRASIL, 1988) exigentes de participação popular no SUS, as decisões alocativas em matéria de saúde pública devem integrar-se à democracia sanitária.

Revista Jurídica

otimização das condições do bem estar humano⁸⁹. Estes preceitos orientaram a incorporação ao Sistema Único de Saúde (SUS) de dois princípios relevantes para a presente discussão, quais sejam, a universalidade e a integralidade, previstos pelo artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988).

Embora admitido o exercício do direito à saúde por meio de serviços e bens privados, o SUS integra um modelo que reflete “uma concepção de nação a ser construída” (BODRA E DALLARI, 2020, p. 249), calcada nas noções de equidade e de solidariedade, de maneira que toda ação que se distancie do ideal de igualdade deva ser justificada clara e racionalmente à luz das diretrizes constitucionais (DUARTE; MAGALHÃES, 2018).

Tendo como escopo a objetivação do discurso jurídico, está assentada a regra inerente à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005, p. 197) no sentido de que “quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo”. A Teoria da Justiça de Rawls (2008) está centrada em argumentos semelhantes, sustentando que o tratamento desigual apenas é admitido quando se busca beneficiar aqueles que estão em condições menos favorecidas em sociedade. Essas teorias referenciam a presente pesquisa, e balizarão os resultados advindos da análise do PNI (BRASIL, 2021) a que se procederá.

De acordo com o artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988), é papel do Estado, por meio do desenvolvimento de políticas públicas, a “redução do risco de doença e de outros agravos”. O referido dever constitucional é complementado pelo inciso II do artigo 198, que, ao tratar da integralidade do sistema, enuncia a “prioridade para as atividades preventivas” (BRASIL, 1988). Por meio de disposições específicas, os incisos I e II do artigo 200 da Constituição (BRASIL, 1988) ainda elencam outras atribuições da rede pública de saúde no tocante ao papel de coordenação estatal no tocante às atividades preventivas. De acordo com o primeiro inciso, incumbe ao SUS o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de elevada importância para a saúde, a exemplo das vacinas.

Nesse contexto, está inserido o PNI (BRASIL, 2021), consistente em política pública implementada pelo Governo Federal na década de 1970, isto é, antes mesmo do advento do

⁸ Trata-se, conforme assinala Dallari (2009), do reconhecimento de que “A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele individual, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados”. Tem-se, como consectário dessa afirmação, o fato de que “Ninguém pode, portanto, ser individualmente responsável por sua saúde” (DALLARI, 2009, p. 12).

⁹ Os aspectos supraindividual e equitativo inerentes ao direito à saúde são reforçados pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁹. Em seu artigo 12, além de ressaltar, de forma compatível com o ideário da Constituição da Organização Mundial de Saúde (ONU, 1946), que as ações estatais devem estar voltadas à otimização do bem estar físico e mental de todos os seres humanos, o documento apresenta metas a serem alcançadas pelos países signatários que nitidamente manifestam a natureza coletiva do direito em tela. Entre essas metas, destacam-se: desenvolvimento de atividades de cunho profilático, melhoria no tocante às condições de higiene do trabalho, proteção do meio ambiente e redução da mortalidade infantil (OMS, 1946).

SUS¹⁰. Atendendo à diretiva de fornecimento a todos os cidadãos de vacinas¹¹ de caráter obrigatório em consonância com orientações da Organização Mundial de Saúde (MELLO, 2020), o mencionado sistema epidemiológico foi recepcionado pela ordem constitucional pós-1988, estando suas normas alicerçadas na competência geral da União, por meio do Ministério da Saúde, para o controle e a execução das atividades de interesse à saúde pública, conforme o inciso II do artigo 23 (BRASIL, 1988), e na cooperação com Estados e Municípios, conforme definem os parágrafos únicos dos artigos 1º e 3º, da Lei nº 6.259 (BRASIL, 1975).

Antes, contudo, da investigação crítica do PNI (BRASIL, 2021), o próximo capítulo irá tratar, posto que umbilicalmente vinculado à discussão quanto à equidade, de aspectos éticos e jurídicos no tocante à aquisição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AQUISIÇÃO DE VACINAS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E O CRITÉRIO DA CAPACIDADE DE PAGAR

3 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ÉTICOS E JURÍDICOS PARA A ALOCAÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 UTILIZADOS NO PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO (BRASIL, 2021)

O mister da alocação racional das vacinas contra a Covid-19 será alcançado com a priorização de grupos mais expostos à contaminação e à letalidade, de maneira a conter a disseminação do vírus e a preservar, ao máximo possível, os direitos à vida e à saúde¹² por ele

¹⁰ Deve-se ressaltar, conforme Mello (2020), que o Programa de Imunização, embora anterior à formação do Sistema Único de Saúde, a este regime está integrado, conforme definido pela alínea b, do inciso I, do artigo 6º, da Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990).

¹¹ Frise-se, contudo, que, consoante reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 do Distrito Federal proposta pelo Partido Democrático Trabalhista e que contou com a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a vacinação é um direito e não um dever, sendo vedada a compulsoriedade, devido à inviolabilidade do corpo humano e ao princípio da autonomia derivados da dignidade. Na ocasião, foi considerado que tais princípios sobrepor-se-iam ao direito à vida e à saúde da coletividade porque ainda careceria segurança e comprovação da eficácia vacinal contra a Covid-19. Esse entendimento tem lastro na submáxima da adequação inerente à proporcionalidade (ALEXY, 2011), que exige a comprovação de que um meio que restrinja um direito fundamental seja, de fato, apto à promoção de outro para que a limitação seja apreciada como juridicamente viável.

¹² Estes objetivos podem ser extraídos do texto do PNI (BRASIL, 2021): “Considerando o exposto na análise dos grupos de risco (item 1 deste documento) e tendo em vista o objetivo principal da vacinação contra a covid-19, foi definido como prioridade a preservação do funcionamento dos serviços de saúde; a proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolver formas graves da doença; a proteção dos demais indivíduos vulneráveis aos maiores impactos da pandemia; seguido da preservação do funcionamento dos serviços essenciais.

ameaçados. Diante dessas premissas, parte-se para o exame do PNI (BRASIL, 2021)¹³¹⁴, tendo em consideração a última versão publicada quando da elaboração desta análise¹⁵.

¹³ Os critérios analisados através da presente investigação foram aqueles presentes no PNI (BRASIL, 2021, p.26) vigente quando da elaboração deste relatório de pesquisa, sendo certo que foi ressaltada, em seu texto, a possibilidade de alteração dos parâmetros para a definição de grupos preferenciais para o recebimento dos imunizantes em virtude mudanças no cenário epidemiológico, nas evidências da doença Covid-19 e das informações referentes às respectivas vacinas.

¹⁴ Veio à vigência, recentemente, a Lei nº 14.125 (BRASIL, 2021), que dispôs sobre a possibilidade de aquisição de imunizantes para distribuição gratuita pelo setor privado, após a imunização de todos os grupos prioritários definidos no PNI (BRASIL, 2021), e desde que a metade das doses adquiridas seja direcionada ao SUS. Num primeiro momento, vislumbra-se, ante a impossibilidade de comercialização, que a aquisição de imunizantes pelo setor privado mediante posterior doação, integral ou parcial, ao setor público, seria uma ação humanista e colaborativa, visto que as doses adquiridas deveriam ser distribuídas gratuitamente e, após, encaminhadas ao SUS, de maneira a incrementar a cobertura vacinal pública. Não obstante, a medida apresenta-se como uma grande brecha para o escape ao sistema equitativo necessário quando da alocação de recursos severamente escassos, uma vez que os particulares poderão adquirir vacinas em virtude de sua capacidade financeira para tanto, e destiná-las de acordo com os critérios que elegerem, à revelia da juridicidade e da eticidade exigidas do Estado para semelhante ação. Destarte, ter-se-á a decisão sobre a vida ou a morte das pessoas determinada por razões econômicas, sendo este critério aludido na literatura de bioética e jurídica como “da capacidade de pagar” (KILNER, 1990; DUARTE, 2020). Isso resulta, em última instância, na negativa do direito à preservação da própria vida àqueles dependentes do setor público sanitário. O argumento da capacidade de pagar ainda se torna mais frágil em um país no qual 71% da população tem como único meio de acesso aos serviços sanitários àqueles ofertados pela rede pública (BRASIL, 2015). É certo que a determinação legal constante do art. 2º da Lei nº 14.125 (BRASIL, 2021) de que a aquisição de tais insumos por pessoas jurídicas de direito privado para destinação compulsória ao SUS até que os grupos prioritários definidos no PNI (BRASIL, 2021) sejam integralmente vacinados, bem como a exigência de que, após a satisfação destes grupos, haja vista a destinação de ao menos metade dos imunizantes por elas adquiridos para o SUS, amenizam parcialmente essas violações. Não obstante, em se tratando de decisões alocativas que impliquem a vida ou a morte de seres humanos, quaisquer distorções éticas e jurídicas são intoleráveis. Ainda que insuficiente para evitar o emprego do critério da capacidade de pagar na alocação das vacinas contra a Covid-19 consideradas escassas, a doação ao SUS de igual quantitativo ao adquirido para aplicação aos beneficiários eleitos por pessoa jurídica de Direito Privado exigida pela Lei nº 14.125 (BRASIL, 2021) foi julgada inconstitucional por um juiz federal, que considerou a exigência como desestimuladora da colaboração privada à imunização e usurpadora da propriedade privada (JUIZ..., 2021). Este entendimento, contudo, não pode subsistir aos argumentos apresentados neste relatório de pesquisa, que demonstram a ausência de constitucionalidade, por violação ao princípio da isonomia, na definição da vida ou da morte de um ser humano com fulcro em sua capacidade financeira para aquisição de determinado insumo. A possibilidade de ação privada no setor da saúde prevista na Constituição (BRASIL, 1988) não é reconhecida diante de recursos sanitários severamente escassos. O princípio da dignidade humana, fundamento ético e jurídico da igualdade em questões afeitas à sobrevivência e à saúde, prevalece enquanto esteira axiológica cimeira de todo o Direito. Cogite-se, por exemplo, do intento de aquisição de vacinas por empresas para a imunização, ainda que gratuita, de seus funcionários. Primeiramente, poder-se-á observar a possibilidade de adoção dessa iniciativa por empresas detentoras de maior disponibilidade para efetuar investimentos, em detrimento, por conseguinte, de empresas menores. Tal medida, no entanto, poderá viabilizar o retorno do funcionamento de algumas atividades presenciais e lucrativas que estariam suspensas ou reduzidas em virtude da necessidade de isolamento social exigida para a contenção do contágio pelo novo coronavírus. Empresas menores, contudo, continuarão precisando manter o contingenciamento de tais atividades, em prejuízo da retomada de suas atividades, o que poderá ensejar a retração de sua presença no mercado em oposição à viabilidade da retomada de atuação daquelas que puderam investir em imunização de seus colaboradores, que terão, assim, a oportunidade de expandir sua presença no seu segmento de atuação. Demais disso, ainda que não se considere a distinção entre a capacidade de tais investimentos em virtude do diferente porte econômico das empresas, ter-se-á que o fato de as mesmas terem acesso a vacinas severamente escassas e destiná-las a seus trabalhadores, por si, já representa a alocação de tais recursos a indivíduos economicamente ativos, em prejuízos de outros não inseridos na referida categoria por razões alheias à sua vontade, como idade insuficiente para o trabalho ou idade avançada, que implique aposentação, ausência de qualificação para o desempenho de atividades laborativas etc. Dessa forma, ter-se-á a tomada de decisões trágicas em conformidade com o critério utilitarista da capacidade produtiva ou com o critério do valor social.

¹⁵ Deve-se esclarecer que, diante das discussões relacionadas à ausência de critérios precisos acerca da definição dos grupos prioritários, bem como a ordem entre eles estabelecida, o primeiro plano, publicado em 16 de dezembro

3.1 O critério das responsabilidades especiais e o grupo dos profissionais da saúde

O PNI (BRASIL, 2021) contempla, como um dos grupos de preferência para o recebimento da vacina contra a Covid-19, o de profissionais da saúde, categoria na qual se incluem profissionais que atuam tanto promoção de prestações sanitárias de primeira necessidade como os vinculados a demandas de saúde de segunda necessidade¹⁶. O plano não procedeu à distinção necessária entre ambos os grupos, tendo se limitado a registrar, como recomendação, que a prioridade deveria ser destinada àqueles que atuam no combate a pandemia. Estes, de fato, devem contar com preferência em virtude da maior exposição a risco de contágio, que pode exigir, pelo agravamento de suas condições de saúde, o afastamento do trabalho ou conduzi-los a óbito e, assim, implicar a retração do quantitativo de profissionais aptos para o trabalho de contenção da doença. Essa prioridade tem como alicerce o critério das responsabilidades especiais¹⁷, a ser aplicado em situações excepcionais em que "algumas pessoas têm responsabilidades especiais sobre outras ou sobre a sociedade em geral, podendo até mesmo a vida de muitos depender da sua" (DUARTE, 2020, p. 232)¹⁸. Para que o critério

de 2020, passou por alterações, sendo publicada uma segunda versão em 25 de janeiro de 2020. Outras versões do programa foram publicadas posteriormente, sendo a quarta versão a mais recente disponível. Apesar da reformulação, a insuficiência de diretrizes objetivas tem sido alvo de discussões, conforme relatado na Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754 (BRASIL, 2021), que tramita no Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ Com fundamento na distinção entre regras e princípios desenvolvida especialmente por Alexy (2015), as normas definidoras dos direitos fundamentais estão sujeitas a tratamentos diferenciados. Nesse sentido, enquadra-se o direito fundamental à saúde, que ora é vazado por uma norma do campo das regras, o que consubstancia o seu núcleo essencial, ora por princípios, estando sujeitos, neste último caso, à ponderação. Doutrinariamente, os pressupostos em exame traduzem as demandas de saúde de primeira e de segunda necessidade. De acordo com Duarte e Castro (2020), as primeiras consubstanciam prestações de saúde afeitas intimamente à proteção da vida e também de condições mínimas de dignidade, correspondentes, portanto, a prestações de elevada essencialidade. Dada a sua indispensabilidade e sua natureza de norma do campo das regras, tais prestações não podem ser afastadas pelo poder público, não sendo cabível, inclusive, o argumento da reserva do possível. Por seu turno, a segunda categoria envolve prestações que, tão somente, tutelam a dignidade nos níveis mediano e leve. Dada a sua concepção principiológica, tais prestações estão sujeitas à ponderação em cotejo com os demais princípios garantidores de outros direitos fundamentais, não integrando, assim, o núcleo essencial do direito em tela (DUARTE; CASTRO, 2020).

¹⁷ O texto do PNI (BRASIL, 2021) denota a adoção do critério das responsabilidades especiais ao veicular que a priorização dos profissionais de saúde possui o escopo de preservar o funcionamento do sistema sanitário.

¹⁸ É possível que alguns considerem que a prioridade aos profissionais de saúde que atuam na linha de frente do combate à pandemia represente uma retribuição social ao trabalho que têm prestado em benefício da comunidade ao salvar a vida de muitos e num reconhecimento à nobreza desse labor em decorrência da exposição a elevados riscos de contaminação. Esse entendimento representaria, contudo, a adoção do critério do valor social, através do qual se busca recompensar o indivíduo que apresenta maior valor para a sociedade em virtude da contribuição a ela oferecida (DUARTE, 2020, p. 222). No entanto, Kilner (1990) questiona a validade desse critério, uma vez que, por meio dele, não são considerados valores morais relacionados a cada indivíduo, como a sua bondade ou solidariedade, ou as oportunidades que cada indivíduo teve para assumir a posição na sociedade que lhe viabilize prestar serviços relevantes à comunidade, como o acesso aos cursos nas áreas médicas, ou a própria autonomia para escolher seu trabalho. De acordo com Kilner (1990), mostra-se problemática, inclusive, a tentativa de se estabelecer um consenso quanto a quais pessoas devem ser contempladas pelo referido critério, uma vez que isso

Revista Jurídica

seja aceito, devem ser priorizadas apenas as pessoas sobre as quais se constatar, de fato, a dependência da vida de outras (DUARTE, 2020)¹⁹.

A preferência dos profissionais da saúde justifica-se, outrossim, como estratégia para se reter a disseminação do vírus, em vista da potencialidade de transmissão²⁰ para seus pacientes, familiares ou pessoas que com eles tenham outra espécie de contato. Idênticos motivos militam a favor da imunização prioritária dos odontólogos, cuja atuação laboral ocorre necessariamente diante da cavidade oral desprotegida, implicando elevada exposição ao contágio²¹.

Com motivação também no critério das responsabilidades especiais, deve suceder a priorização vacinal de profissionais da saúde que, mesmo que não trabalhem no combate à pandemia, atuem na preservação da vida humana²². O PNI (BRASIL, 2021) deixou de efetuar a distinção destes trabalhadores, sendo que, contudo, logo após a vacinação daqueles envolvidos no tratamento e na prevenção da Covid-19, sido vacinados todos os profissionais da

demandaria o acesso a um banco de dados confiável, uma vez que a consideração de informações imprecisas pode implicar a proteção prioritária da vida de alguns em detrimento da vida de outros à míngua de fundamentos aceitáveis ética, jurídica e constitucionalmente. Todavia, a aplicação excepcional deste critério fundamenta a eleição para prioridade vacinal de alguns grupos profissionais, como será observado adiante.

¹⁹ O critério das responsabilidades especiais recebe críticas em virtude de não caracterizar a destinação de recursos severamente escassos a grupos menos favorecidos na sociedade, como sugere a Teoria da Justiça de Rawls (2008), que exigiria a preferência imunização dos vulneráveis sanitários e sociais. No entanto, esse parâmetro de decisão se justifica à medida que, como a vida de todos os indivíduos possui igual valor, deve-se preconizar pela adoção de medidas destinadas ao salvamento do maior número de vidas possível. Verifica-se, portanto, que, em situações de escassez severa de recursos de saúde necessários à sobrevivência humana, logra aceitabilidade o utilitarismo, concepção filosófica usualmente rechaçada por valorizar parâmetros decisórios apenas quantitativos e mediante desprezo a aspectos qualitativos e axiológicos. O utilitarismo consiste em corrente que adota como preceito a otimização da felicidade de um grupo, que se considera efetuada pela medida capaz de promover o bem estar do maior número de pessoas possível (ZIPPELIUS, 2012). Vale conferir, a respeito, os fundamentos trazidos por Duarte e Rocha (2018): *“In fact, one can observe that the criteria of social value and special responsibilities are coated with a decisive utilitarian point of view, which mostly results in the exclusion of the possibility of selecting less favored patients, that haven't yet met the prerequisites due to a determinant lack of opportunities. At this pace, the criterion stops being consistent with the theory of justice, turning to parameters opposite to those stipulated by it. Therefore, only in very special circumstances (for instance, prioritizing the treatment of medical doctors that are able to save many lives in war zones) it is possible to adopt this criterion. In these hypotheses, one should ensure that the beneficiary candidates were selected not due to subjective aspects, but due to the possibility of benefiting the largest possible number of people. If all human life has equal value of dignity, to protect in the largest possible extent will always be a legitimate choice”*.

²⁰ Torna-se legítima, estando em consonância com a visão de Kilner (1990) acerca do critério das responsabilidades especiais, a recomendação complementar do PNI quanto ao levantamento estatístico do quantitativo de pessoas envolvidas na resposta ao cenário pandêmico, bem como a solicitação de comprovação de efetiva vinculação do trabalhador ao serviço de saúde. A medida alinha-se ao guia de orientação da Organização Mundial de Saúde (2020), que prevê que, para países em que resta configurado cenário de elevada proporção de contaminações e baixa oferta de insumos, a prioridade deve ser conferida aos profissionais que estão altamente suscetíveis à contaminação e a transmissão do vírus e que são imprescindíveis para o salvamento da vida de outras pessoas.

²¹ Como muitos atendimentos são urgentes ou emergentes em virtude de a potencialidade de lesões dentárias evoluírem para infecções, o trabalho desses profissionais integra as demandas de saúde de primeira necessidade (DUARTE, 2020).

²² De acordo com os conceitos apresentados, as prestações de saúde aptas à preservação da vida humana situam-se entre as de primeira necessidade.



saúde. Em ambas as hipóteses, ressalvas devem ser consignadas ao PNI (BRASIL, 2021). Primeiramente, por não ter recomendado a preferência daqueles que atuam na seara da proteção a vida dos pacientes, ainda que em circunstâncias alheias à prevenção e ao tratamento da Covid-19. Ademais, porque os trabalhadores que tutelam demandas de saúde de segunda necessidade receberam prioridade não justificada, o que implica a preterição indevida de outros grupos de risco (como idosos e portadores de comorbidades) e de categorias envolvidas na promoção e defesa de outras prestações imbrincadas ao mínimo existencial²³ ou ao núcleo essencial de outros direitos fundamentais de elevada importância²⁴.

A inclusão dos profissionais que atuam na atenção à saúde no âmbito domiciliar, como cuidadores de idosos e parteiras, mostra-se, também, medida adequada, e está, outrossim, associada ao critério das responsabilidades especiais, visto que a imunização deles objetiva a prevenção de contágio e a conseqüente redução da probabilidade de transmissão da doença àqueles de cujo trabalho dependem grupos mais vulneráveis, como idosos e parturientes.

3.2 Os vulneráveis sociais e sanitários e o critério da morte iminente

O PNI (BRASIL, 2021) também confere preferência aos mais vulneráveis, elegendo, primeiramente, os idosos²⁵, considerando a ordem decrescente das faixas etárias. Esse critério prioritário coaduna-se com a proteção à vida, à dignidade e ao bem-estar dos mais velhos²⁶

²³ De acordo com Toledo (2017, p. 103), tem-se como mínimo existencial o “conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana”. De acordo com a autora, em virtude das disposições constitucionais, estão nele compreendidos os núcleos essenciais dos direitos fundamentais à saúde e à educação (TOLEDO, 2017).

²⁴ Neste relatório de pesquisa, aponta-se a necessidade de que a definição dos direitos fundamentais considerados de elevada importância social seja efetuada mediante amplo debate público, cuja ausência seja suprida mediante a assunção, pela comunidade jurídico-científica, de maior ônus argumentativo, de modo a conferir-lhe legitimidade discursiva. A partir da observância das atividades laborativas preservadas, em virtude de sua imprescindibilidade, mesmo nas oportunidades de decretação, pelas autoridades públicas, de medidas restritivas para a contenção do avanço da pandemia, consideraram-se como relevantes os direitos à alimentação, ao transporte, à moradia, à educação, à segurança e ao acesso à informação.

²⁵ Na primeira versão do PNI (BRASIL, 2021), os idosos ocupavam o segundo grupo prioritário. A partir da segunda versão do Programa, a categoria, desconsideradas as pessoas que se encontram em situação de institucionalização, ocupam a quinta posição.

²⁶ Embora o legislador constituinte não tenha atribuído a ideia de “absoluta prioridade” ao idoso no artigo 230, tal como o fez para crianças e adolescentes (art. 227), não se pode negar o especial tratamento constitucional conferido ao referido grupo, o que reclama, sob a perspectiva da igualdade material, tratamento diferenciado. Contudo, a noção de “absoluta prioridade”, ressalte-se, no tocante ao idoso, tem assento legal no artigo 3º da Lei nº 10.741 (BRASIL, 2003).

Revista Jurídica

conferida pela Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 230²⁷, e pela Lei nº 10.741 (BRASIL, 2003), em seus artigos 3º e 9º.

Considerando os dados referentes à incidência de maiores riscos de mortes, o PNI (BRASIL, 2021) inseriu uma categoria ainda preferencial no grupo de idosos: os indivíduos em situação de institucionalização, de maneira que aqueles residentes em asilos, clínicas ou casas de repouso, além de gozarem de prioridade em virtude da idade²⁸, devem receber tratamento preferencial devido aos maiores riscos de contaminação existente em ambientes em que há elevada concentração de pessoas. De forma a proteger efetivamente esse grupo, faz-se necessário, com a imunização prioritária, contemplar todos os trabalhadores, mesmo que com idade inferior a 60 anos, que atuem nas referidas unidades de internação.

Acrescentam-se como fundamentos para a prioridade conferida aos idosos os argumentos científicos, que resvalam a adoção do critério da morte iminente, uma especificação do critério do benefício médico. De acordo com Duarte e Vidal (2020), esse parâmetro implica a definição de preferência mediante o emprego de critérios objetivos: deve ser dispensada a prestação sanitária escassa aos pacientes cuja vida se encontre em risco e quando não existam outras alternativas para o salvamento dela (DUARTE, 2020). Conforme discutido, verifica-se que, diante de uma maior proporção de vítimas fatais entre os idosos, destinar recursos severamente escassos aos grupos mais sadios da sociedade, tais como jovens e adultos, claramente viola, sob a perspectiva coletiva, o direito à vida dos mais velhos.

Outra categoria protegida refere-se às pessoas com deficiência. No plano normativo, a especial proteção conferida ao grupo em exame tem como fundamento a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007)²⁹. Alçado à categoria de emenda constitucional, o marco normativo em tela define, em seus artigos 10 e 25, a igualdade de direitos e de condições no tocante à preservação da vida e da saúde das pessoas com deficiência, além da vedação à promoção de discriminações em virtude da sua condição específica. No âmbito infraconstitucional, a proteção lhes é reafirmada pela Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que apresenta uma série de dispositivos

²⁷ Não merecem acolhida, diante das imposições constitucionais previstas nos artigos 5º e 230, argumentos como o possível reduzido tempo de sobrevivência dos idosos em comparação aos mais jovens ou a baixa capacidade produtiva dessas pessoas.

²⁸ A eleição da idade como parâmetro de preferência para a vacinação se fundamenta, conforme demonstrado, em razões médicas estatisticamente comprovadas e normativas.

²⁹ Incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 6.949 (BRASIL, 2009), sob o rito especial do §3º do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988).



que sustentam a priorização delas na adoção, pelo poder público, de medidas destinadas à salvaguarda da vida e da saúde³⁰.

A priorização de pessoas com deficiência, em razão do seu nítido caráter humanitário, tem como fundamento a igualdade de direitos entre as pessoas. As maiores dificuldades de inserção social derivadas das limitações suportadas por essas pessoas e os cuidados mais intensos necessários com a própria saúde qualifica tais indivíduos como “menos favorecidos socialmente”, em conformidade com o conceito de Rawls (2008), o que justifica o seu tratamento diferenciado. Deve-se ressaltar, contudo, que a definição dos integrantes do grupo a serem beneficiados comportaria avaliação mais detida; devem ser examinados os agravos realmente impostos à saúde de cada um em virtude da deficiência, o que justificaria a restrição do benefício àqueles cuja deficiência de fato implique debilidade nas condições de reação à Covid-19³¹. De igual feita, deve ser garantida a prioridade das pessoas com deficiência institucionalizados, tendo em vista o elevado potencial de disseminação da doença nas habitações coletivas.

A maior debilidade do sistema imunológico fundamenta a prioridade, também com base neste critério da morte iminente, dos pacientes portadores de comorbidades, como *diabetes melitus*, hipertensão arterial, enfermidades respiratórias, problemas cardíacos, entre outras elencadas no PNI (BRASIL, 2021).

Outro grupo refere-se, respectivamente, aos povos indígenas que vivem em terras indígenas e povos e comunidades tradicionais ribeirinhas e quilombolas, e tem como fundamento a sua vulnerabilidade social, a vida em comunidade e conseqüentemente a sua maior exposição ao contágio. Embora não haja disposição constitucional expressa no tocante à preservação, em caráter específico, da vida e da saúde desses povos, as disposições em matéria de tutela dos meios e modos de vida de todos esses grupos presentes nos artigos 3º e 231 da Constituição (BRASIL, 1988)³² veiculam os objetivos constitucionais referentes à solidariedade que justificam a preferência deles, bem como os elementos científicos, indicados

³⁰ Assim como para os idosos, entre o grupo de deficientes, o PNI (BRASIL, 2021) ainda reconhece preferência imunizatória aos deficientes a em situação de institucionalização, em virtude dos maiores riscos derivados da vivência coletiva.

³¹ Pode-se considerar, por exemplo, a necessidade de tratamento diferenciado entre pessoas com síndrome de *down* e pessoas que possuem outros tipos de deficiências que não afetam diretamente o sistema imunológico. Segundo o Parecer Técnico sobre vacinação contra Covid-19 para as pessoas com síndrome de *Down*, como as pessoas que possuem o referido quadro de saúde apresentam, em regra, comorbidades como problemas respiratórios e obesidade, justifica-se, a princípio, o atendimento prioritário (FBASD, 2021).

³² Deve-se ressaltar que o artigo 231 faz referência apenas aos povos indígenas. Não estão abrangidos, portanto, os povos quilombolas e as comunidades tradicionais ribeirinhas. Não há impedimento, contudo, para que se restrinja a proteção ao grupo dos quilombolas, haja vista os objetivos constitucionais de erradicação das desigualdades sociais e de preservação das diferentes culturas.

Revista Jurídica

no PNI, que destacam os maiores índices de contaminação desses povos e do agravamento da doença entre eles (BRASIL, 2021). A vulnerabilidade social e a convivência coletiva são, também, consideradas como fundamento de proteção às pessoas em situação de rua e à população privada de liberdade³³.

Censurável, no entanto, a ausência de tratamento prioritário, pelo PNI, a outro grupo em relação ao qual os estudos realizados diante do contexto social brasileiro têm demonstrado maior suscetibilidade à contração de Covid-19 e índices mais elevados de desenvolvimento da forma grave ou letal da doença: o dos negros. Na verdade, a etnia aparece como fator de vulnerabilidade não em decorrência de especificidades inerentes à raça, mas em virtude da coincidência, em grandes proporções, com o grupo de portadores de condições financeiras precárias³⁴.

Os mais pobres representam outra categoria social que seria merecedora de preferência vacinal. As pesquisas indicam, outrossim, que eles possuem maior sujeição ao contágio e ao agravamento da enfermidade, inclusive até o óbito. A pobreza, é certo, abarca, também, alguns grupos protegidos pelo PNI (BRASIL, 2021), como o dos índios, das populações de rua, dos quilombolas e ribeirinhas, como o dos negros, cuja ausência de prioridade à imunização criticou-se acima. Porém, a precariedade econômica deve ensejar a autonomia desse grupo, à medida que pode se apresentar dissociada das características que especificam os demais. Na realidade nacional, a pobreza implica uso de transporte coletivo, concentração demográfica, ausência de condições de acesso a vias de trabalho remoto, precariedade dos tratamentos de saúde, baixa nutrição alimentar, menor acesso ao saneamento básico, falta de condições financeiras para o custeio de equipamentos de proteção individual (como máscaras e jalecos) e

³³ Nesses casos, poder-se-ia pensar que estes indivíduos, em razão de adotarem modos de vida socialmente reprováveis, não deveriam ser priorizados. Trata-se de raciocínio que deve ser expressamente rechaçado, haja vista a violação dos princípios da igualdade e da dignidade inerentes a qualquer ser humano. Registre-se que, com relação aos presidiários, as Regras de Mandela (BRASIL, 2016), em seu enunciado 24, chancelam o acesso às mesmas oportunidades e recursos sanitários a que têm direito as demais pessoas. Regras de Mandela corresponde ao termo pelo qual são reconhecidas as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, documento internacional firmado em 1955 e atualizado em 2015 no âmbito da Organização das Nações Unidas (BRASIL, 2016). Por meio da priorização desses grupos, o PNI (BRASIL, 2021) afasta, devidamente, o critério da disposição, que orientaria pela preferência daqueles que a demonstram em maior intensidade para adotar comportamentos que preservam melhor sua saúde e sua vida (DUARTE; VIDAL, 2020), negando àqueles que adotem condutas nocivas sob o aspecto sanitário acesso a meios de salvar suas vidas e impondo-lhes o ônus da responsabilidade pelas consequências de seu comportamento.

³⁴ Nesse sentido, pesquisa realizada pelo portal Pública, com base nos dados fornecidos na plataforma DATASUS, do Ministério da Saúde, aponta a ocorrência de um índice mais elevado de mortalidade para a população negra (BIANCA MUNIZ, 2021). Nesse sentido: “Os dados também apontam que a mortalidade — isto é, a quantidade de pessoas que morrem em relação a quem tem a doença — foi maior entre negros que entre brancos: 92 óbitos a cada 100 mil habitantes em negros, para 88 em brancos. A reportagem contabilizou as mortes decorrentes de quadros graves de problemas respiratórios (SRAG) causados pelo coronavírus e registrados pelo Ministério da Saúde até 22 de fevereiro” (BIANCA MUNIZ, 2021).

de insumos sanitários (como sabão, álcool gel, água sanitária, etc.). Essas circunstâncias, por si, exigiriam, ao menos, a organização do calendário vacinal a partir da perspectiva da renda, priorizando a população mais carente³⁵. Para viabilizar esta proposta, podem ser usadas as plataformas eletrônicas já estruturadas e manejadas pelo Estado para a disponibilização de outros benefícios sociais.

3.3 As categorias profissionais e o critério do valor social

O PNI (BRASIL, 2021) contempla, ainda, prioridade para a imunização de diversos setores profissionais. Entre as categorias mencionadas, o plano abarca trabalhadores de transporte coletivo e de cargas diversas, agentes que atuam no setor de segurança pública e das forças armadas, professores de todas os níveis de ensino, profissionais do setor industrial e da construção. Com efeito, a tutela especial de determinados setores corporativos se aproxima do já mencionado critério do valor social, que é extremamente excepcional e orienta pela priorização no recebimento de recursos sanitários severamente escassos daqueles que desempenham atividades de elevado valor para a sociedade e que, pela sua alta relevância, devem ser contínuas³⁶. A manutenção dos serviços prestados por estes grupos redonda, outrossim, na maior exposição ao risco de contaminação desses profissionais, o que implica a cumulação ao critério do valor social em questão o escopo de maior preservação da vida e da saúde.

Um argumento relevante para a demarcação dos grupos a serem priorizados diz respeito à proteção daqueles que desenvolvem atividades imbrincadas ao mínimo existencial, de maneira a justificar a destinação de tratamento prioritário aos profissionais da educação³⁷ e

³⁵ Estudos analisando a realidade dos segmentos sociais menos favorecidos financeiramente em outros países e em outras epidemias, ao longo da história, confirmam os efeitos mais intensos da contaminação entre eles (COVID-19, 2020).

³⁶ A democracia sanitária instituída pela Constituição (BRASIL, 1988) orienta pela definição dessas atividades consideradas mais importantes deve ser efetuada mediante amplo debate público, cuja ausência exige da comunidade jurídico-filosófica amplo esforço argumentativo para resguardar a legitimidade discursiva aos grupos favorecidos.

³⁷ Some-se a esse argumento o fato de que as atividades desenvolvidas em caráter presencial tendem a concentrar muitas pessoas em um mesmo recinto, o que pode configurar a elevada exposição ao risco de contágio. De maneira a evitar prejuízos maiores aos educandos, as atividades educacionais foram, em todo o Brasil e no mundo (MATUOKA, 2020), deslocadas emergencialmente para a via virtual, mediante o emprego de tecnologias de ensino remoto, em virtude da necessidade de adoção de medidas de isolamento social para a redução do contágio pelo vírus da Covid-19. Não obstante, diversos fatores apontam pela maior conveniência de utilização da via presencial, como os elevados índices de evasão escolar nas modalidades de ensino à distância, a dificuldade de acesso a serviços de provedores de internet de qualidade, especialmente por parte dos discentes integrantes das camadas sociais menos favorecidas economicamente e a ausência de preparo pedagógico adequado dos docentes para o ministério de suas atividades virtualmente (MATUOKA, 2020).

Revista Jurídica

daqueles que tutelam o núcleo essencial do direito à saúde, que já teriam tido preferência sustentada pelo critério das responsabilidades especiais já examinado na seção 3.1.

Outros argumentos podem ser apresentados para fundamentar a preferência vacinal de outras categorias profissionais prevista no PNI (BRASIL, 2021). A proteção das condições de subsistência da população sustenta a prioridade dos profissionais do setor de transportes, haja vista a indispensabilidade do desempenho do mister do carregamento de bens essenciais, como gêneros alimentícios e medicamentos. Por seu turno, legitima-se, outrossim, a tutela preferencial dos agentes da segurança pública em virtude do desempenho de atividades de combate a catástrofes naturais, como aquela desenvolvida pelos bombeiros; de vigilância do sistema carcerário efetuada pelos agentes penitenciários; de proteção da segurança nacional efetuada pelas forças armadas e de repressão à violência, tais como as atividades dos policiais.

O PNI (BRASIL, 2021) prioriza, outrossim, o setor produtivo; contudo, a proteção deveria, a partir do critério do valor social, ser restrita ao segmento da indústria de bens essenciais. A ausência dessa limitação, no plano vacinal, denota a prioridade de categorias associadas à lucratividade dos titulares dos meios de produção, e, assim, uma distorção dos parâmetros éticos que devem orientar a organização social. O mesmo ocorre com a proteção irrestrita dos profissionais da construção civil pelo PNI (BRASIL, 2021), cuja proteção deveria se restringir àqueles que atuam na edificação de moradias, de unidades de atendimento de saúde e de estabelecimentos de produção ou comércio de bens essenciais, ao passo que o documento priorizou o setor de maneira ilimitada.

A racionalidade argumentativa exigiria a priorização, outrossim, pelo PNI (BRASIL, 2021), de categorias como a dos comerciários, dos portuários, dos bancários, dos funerários, dos profissionais da comunicação, da perícia previdenciária e do sistema de saneamento básico. No tocante ao grupo dos comerciários, a preferência deveria ser reconhecida, porém limitada àqueles envolvidos nos segmentos de produtos essenciais, cujas atividades laborativas permanecem até mesmo nas hipóteses de *lockdown*. Idênticos fundamentos militam a favor da prioridade dos portuários, dentro dos mesmos limites sugeridos aos comerciários. A atividade dos bancários, especialmente no que diz respeito aos bancos públicos (encarregados da distribuição dos subsídios estatais à população carente ou afetada economicamente pelas restrições decorrentes da pandemia), também é imprescindível à vista da necessidade de acesso aos recursos financeiros na vida hodierna e justifica a prioridade deles. Os trabalhadores do sistema funerário, de igual sorte, exercem atividades ininterruptas em virtude de sua elevada essencialidade moral e sanitária, além de merecerem proteção por se exporem a alto risco em decorrência do potencial contágio com cadáveres contaminados. No tocante aos profissionais



Revista Jurídica

da comunicação, significativas são suas contribuições, para a informação do povo e o controle social das atividades desempenhadas pelo poder público, notadamente ante o cenário pandêmico. Os peritos do sistema previdenciário e da assistência social devem, também, ser protegidos à vista da necessária preservação das condições de acesso social a tais prestações. Por fim, a prioridade dos profissionais do saneamento básico (abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas) é uma exigência da elevada essencialidade de tais atividades deles, inerentes ao conteúdo das demandas de saúde de primeira necessidade. A destacada relevância das atividades acima é reconhecida pela Lei nº 7.983 (BRASIL, 1989), que, ao regulamentar o direito de greve dos trabalhadores privados, limita o exercício dele para os prestadores de serviços essenciais, que elenca em seu art. 10, e nos quais se incluem os grupos apontados no parágrafo anterior, tendo sido todos os demais acertadamente contemplados com a preferência vacinal pelo PNI (BRASIL, 2021).

Considerando, por fim, as possíveis mudanças nos cenários relativos à pandemia, especialmente no tocante à oferta de vacinas, a variação nos níveis de contaminação e o desenvolvimento científico acerca das suas formas de combate, a definição das categorias profissionais a serem priorizadas carece de estudos interdisciplinares contínuos, que podem conduzir à revisão do PNI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa dedicou-se ao exame da pertinência ética e jurídica dos grupos eleitos como prioritários à imunização pelo PNI (BRASIL, 2021). Seria exigível a vacinação de todos, à vista da elevada transmissibilidade e letalidade do vírus da Covid-19 e dos princípios da integralidade e da universalidade que regem o SUS, tal como instituído pela Constituição (BRASIL, 1988). Não obstante, a despeito dos esforços públicos para a aquisição de imunizantes, os limites a sua produção em quantidade suficiente para tanto os qualifica como recursos sanitários severamente escassos, assim entendidos aqueles cuja ação humana em prol do aumento satisfatório da sua disponibilidade seja inviável e os imprescindíveis à satisfação de demandas de saúde de primeira necessidade.

A escassez severa implica escolhas alocativas que demandam a adoção de critérios aceitos racional e consensualmente pela comunidade que as suportará em virtude da potencialidade de exposição a risco da vida de alguns decorrente de tais decisões. Considerando



Revista Jurídica

a natureza jurídica e ética do bem “vida” exposto a risco por tais decisões, aufere-se a necessidade da presença dos mesmos predicados nos critérios que as fundamentam.

Foi considerada válida, porém, a preferência dispensada pelo PNI (BRASIL, 1988) vulneráveis sociais e sanitários, assim entendidos os pertencentes aos grupos de idosos em situação de institucionalização ou não; às pessoas com deficiências debilitantes; aos indígenas que vivem em terras a eles demarcadas; às populações ribeirinhas ou de quilombolas; à população de rua e aos presidiários. A maior vulnerabilidade sanitária e social dessas categorias é reconhecida em diversos diplomas normativos e ampara-se no critério da morte iminente e no princípio de justiça de Rawls (2008), que orienta pela possibilidade de destinação desigual de recursos escassos apenas mediante a priorização dos menos favorecidos numa sociedade. Sugeriu-se, ainda, a preferência dos negros e a organização do calendário vacinal de acordo com a renda, priorizando-se os mais carentes financeiramente, em virtude de sua maior propensão ao contágio e ao desenvolvimento de formas graves ou letais da COVID-19.

Foi aprovada, outrossim, com lastro no critério das responsabilidades especiais, a preferência dispensada aos profissionais de saúde que atuam no combate à pandemia ou no atendimento de outras situações de agravo à saúde que exponha a risco a vida humana. Esse critério fundamenta-se na concepção filosófica utilitarista, usualmente refutada por relegar os valores morais inerentes a uma conduta para enaltecer a quantidade de bem-estar social gerado por outra, independentemente do aspecto preterido por ela. Diante da escassez severa de recursos necessários ao salvamento de vidas humanas, os critérios utilitaristas tornam-se válidos, uma vez que, se todas as vidas possuem igual valor, é racionalmente sustentável a medida apta a salvar o maior número de vidas possível.

O mesmo critério das responsabilidades especiais justifica a seleção prioritária para a vacinação dos profissionais que trabalham em instituições de acolhimento de indivíduos pertencentes a outros grupos vulneráveis; aos trabalhadores do sistema de segurança pública (agentes penitenciários, membros das corporações de polícia e de bombeiros) e aos profissionais do segmento do transporte de cargas, que são responsáveis por viabilizar à população o acesso a bens imprescindíveis à sobrevivência humana, como alimentos e remédios.

Já o critério do valor social, por orientar pela prioridade a grupos que exercem atividades de elevada importância na sociedade, demandaria, para sua definição, amplo debate público. De toda forma, em virtude da necessidade contínua pelos serviços essenciais prestados por alguns grupos profissionais, foi aprovada a inclusão de algumas categorias e sugerida a oposição de ressalvas para a prioridade de outras.

Pela análise relatada, observa-se que o PNI (BRASIL, 2021) foi elaborado sob o prisma de critérios ética e juridicamente válidos, no que diz respeito à maior parte das preferências por eles dispensadas. Não obstante, a inclusão de outras categorias e algumas especificações das categorias já priorizadas ainda seriam necessárias para que o mesmo satisfizesse, mais plenamente, aos ideais de justiça distributiva inerentes a um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Direito à saúde e democracia sanitária: experiências brasileiras. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 85-90, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v15i3p85-90. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/97328>. Acesso em: 6 fev. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BIANCA MUNIZ. Publica. **Brasil registra duas vezes mais pessoas brancas vacinadas que negras**: acinação começou com mulher negra, mas agora há mais brancos vacinados; mortalidade da covid-19 em negros é maior. acinação começou com mulher negra, mas agora há mais brancos vacinados; mortalidade da covid-19 em negros é maior. 2021. Disponível em: <https://apublica.org/2021/03/brasil-registra-duas-vezes-mais-pessoas-brancas-vacinadas-que-negras/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**: the Conflicts Society Confronts in the Allocation Of Tragically Scarce Resources. New York, London: W.W. Norton & Company, 1978.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral; DALLARI, Sueli. Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 240-260, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180250>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. Agência Brasil. **Senadores ouvem laboratórios e destacam número insuficiente de vacinas**. Representantes das empresas foram ouvidos no Senado. 23. mar. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-03/senadores-ouvem-laboratorios-e-destacam-numero-insuficiente-de-vacinas>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação Luís Geraldo Santana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->



Revista Jurídica

content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Governo do Brasil. **Pesquisa nacional de saúde.** 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.250, de 30 de outubro de 1975.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM#:~:text=14.047%2C%20de%202020\)-,Art.,das%20necessidades%20inadi%C3%A1veis%20da%20comunidade](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM#:~:text=14.047%2C%20de%202020)-,Art.,das%20necessidades%20inadi%C3%A1veis%20da%20comunidade). Acesso em 30 mar 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em 30 mar 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.125, de 10 de março de 2020.** /Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14125.htm. Acesso em: 13 mar 2021.

BRASIL. Pedro Rafael Vilela. Agência Brasil. **Governo federal diz que não se envolve em compras privadas de vacina:** empresas querem comprar 33 milhões de doses para imunizar funcionários. Empresas querem comprar 33 milhões de doses para imunizar funcionários. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-01/governo-federal-diz-que-nao-se-envolve-em-compras-privadas-de-vacina>. Acesso em: 06 fev. 2021.



Revista Jurídica

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 3.463**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3463.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vacinas**: ministro determina que governo detalhe ordem de preferência em grupos prioritários. Lewandowski deu prazo de cinco dias para que a divulgação seja feita de forma clara e com base em critérios técnico-científicos. 08 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460138&tip=UN>. Acesso em: 20 fev. 2021.

COVID-19. Ensaio explica: por que as minorias étnicas e sociais são mais vulneráveis ao novo coronavírus. Sanar Saúde. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/por-que-minorias-etnicas-e-sociais-sao-mais-vulneraveis-a-covid-19>. Acesso em: 30 mar. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-35, nov. 2008, fev. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; MAGALHÃES, Felipe Rocha. Ethical criteria for scarce resource allocation in public health. **Forum Administrativo: direito público**. Belo Horizonte: Forum, ano 18, n. 212, out. 2018. 155 p. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/163675>. Acesso em: 15 maio 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde**: um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde. 2. ed. Revisão, atualização e ampliação Víctor Luna Vidal. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CASTRO, Yuran Quintão. Núcleo essencial do direito à saúde: demandas de saúde de primeira necessidade. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Victor Luna. (org). **Direito à Saúde**: judicialização e pandemia do novo coronavírus. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 201-230.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Víctor Luna. Judicialização dos leitos de UTI no contexto da pandemia do novo coronavírus. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Victor Luna. (org). **Direito à Saúde**: judicialização e pandemia do novo coronavírus. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 107-144.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN (FBASD). **Parecer Técnico da UNIFESP sobre vacinação contra COVID-19 para as pessoas com síndrome de Down**. 12 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://federacaodown.org.br/parecer-tecnico-da-unifesp-sobre-vacinacao-contracovid-19-para-as-pessoas-com-sindrome-de-down/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

KILNER, John F. **Who lives? Who dies?**: Ethical Criteria in Patient Selection. Yale: Yale University Press, 1990.



Revista Jurídica

MATUOKA, Ingrid. Como está sendo a reabertura das escolas pelo mundo. **Centro de Referências em Educação Integral**. 10 set. 2020. Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/como-esta-sendo-reabertura-das-escolas-pelo-mundo/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

MELLO, Cecília. Expectativas sobre uma vacina contra o vírus da covid-19. Algumas reflexões jurídicas e sociais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022/2020, p. 307 – 325.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 22 de julho de 1946**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 26 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **WHO SAGE ROADMAP FOR PRIORITIZING USES OF COVID-19 VACCINES IN THE CONTEXT OF LIMITED SUPPLY**. Version 1.1. 13 de novembro de 2021. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/immunization/sage/covid/sage-prioritization-roadmap-covid19-vaccines.pdf?Status=Temp&sfvrsn=bf227443_2. Acesso em: 21 fev. 2021.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus (COVID-19) Vaccinations**. Reino Unido, 2021. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations?country=~BRA>. Acesso em: 18 mar. 2021.

Pandemia volta a ter mais mortes; letalidade por faixa etária se mantém. Considerando dados desde o início/Idosos são maioria das vítimas/Poder360 compilou dados/De Brasil, Itália, EUA e Espanha/E de Suécia e Reino Unido/Conheça faixa etária dos mortos. **Poder 360**. 19 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/pandemia-volta-a-ter-mais-mortes-mas-faixa-etaria-da-letalidade-se-mantem/>. Acesso em: 07 fev. 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TOLEDO, Cláudia. **Mínimo existencial – A Construção de um conceito e seu tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã**. Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, Aracaju, Ano VI, v. 11, n. 01, p. 102-119, fev. 2017. Disponível em: <http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

