

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA CONJUNTA SEGER/SESA N.º 03-R, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2021.

Paloma Mariano Vieira

Acadêmica em Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: palomamarianovieira2@gmail.com

Gabrielle Saraiva Silva

Professora Orientadora, mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Especialista em Direito Processual (ESMP). Coordenadora de Curso e Professora acadêmica (FDCI). Advogada. Email: gabriellesaraiva.s@gmail.com

SUMÁRIO

1 RESUMO.....	1
2 INTRODUÇÃO	2
3 O TEOR DA PORTARIA CONJUNTA SEGER SESA N. ° 03-R, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2021.....	3
4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA.....	4
5 ANÁLISE SE A PORTARIA CONJUNTA SEGER/SESA N. ° 03-R, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2021 PODE SER OBJETO DE ADI À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	6
6 CONCLUSÃO.....	12
7 REFERÊNCIAS	13

1 RESUMO

O presente artigo tem como objetivo precípua analisar os reflexos da Portaria Conjunta SEGER/SESA N.º 03-R, de 26 de novembro de 2021, que delimita o acesso às dependências físicas dos órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual aos agentes públicos que estiverem devidamente imunizados contra a covid-19, possuindo como análise central a inconstitucionalidade do referido ato normativo do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo que, traz à tona transfigurações de todo o sistema afetando as relações jurídicas preexistentes. Primeiramente, a fim de contextualizar a questão, foi identificadas as características da referida portaria, como sua classificação perante o ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, abordou-se sobre o conceito de inconstitucionalidade aprofundando na hipótese de controle concentrado. Por fim, houve a análise se a portaria em referência se

enquadra como objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) à luz da jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Pandemia. Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021. Controle de Constitucionalidade.

2 INTRODUÇÃO

Em decorrência do Estado de calamidade pública decretado pela pandemia do novo coronavírus (Covid-19), inúmeras foram as modificações e inserções de novos parâmetros e legislações no ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de buscar eficiência de controle e combate.

Nesse contexto, o direito administrativo da emergência traz à tona transfigurações de todo um sistema, ao passo que, a pandemia afetou as relações jurídicas preexistentes, o que por sua vez, demandou um ativismo de medidas legislativas e administrativas com o enalço de suspender e, até mesmo, modificar regras vigentes. (PETERLE e col., 2021).

Nesse ínterim, uma das medidas que desencadeou repercussões no âmbito jurídico foi a regulamentação de vacinação compulsória de servidores públicos contra a covid-19, que no Estado do Espírito Santo se implementou através da Portaria Conjunta SEGER/SESA n. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021.

Diante disso, a presente pesquisa se propôs, antes de analisar os principais aspectos da referida portaria, a esclarecer os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, abrangido pela noção de ADI. Ademais, se fez na análise das regras contidas na Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021, em contraponto com os mandamentos existentes na Constituição Federal de 1988 e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. ° 6586.

Em suma, o presente estudo questionou a constitucionalidade da portaria em análise, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de avaliar as possíveis implicações desta no âmbito das normas constitucionais de fundo.

Buscou-se também compreender quais foram os limites impostos pelo Supremo Tribunal Federal à interpretação do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, que regulamenta a vacinação compulsória dos servidores públicos na ADI 6586, uma vez que as medidas impostas pela Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021, para coagir os agentes públicos não observou as ressalvas trazidas pela Suprema Corte sobre o tema.

Assim, a situação emergencial impôs certa insegurança jurídica em curso a um Direito Administrativo da Emergência, bem como notórias dúvidas a respeito de como induzir comportamentos ao particular com o enalço de contribuir com a prevenção e combate ao vírus sem desrespeitar a Supremacia Constitucional e suas liberdades. Trazendo à tona as aplicações dos princípios do Estado Social de Direito, apontando à razoabilidade e proporcionalidade das medidas estatais, tendo em vista que calamidade, urgência e emergência não fundam o açodamento dos direitos e garantias fundamentais.

Considerando a atualidade do tema e a necessidade de sua discussão tanto no meio acadêmico quanto em termos práticos, este estudo se propôs a perquirir a possibilidade de a Portaria

Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021, ser impugnada por meio de ADI.

3 O TEOR DA PORTARIA CONJUNTA SEGER SESA N. ° 03-R, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2021.

A Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, é por excelência um ato administrativo ordinário, ou seja, ato que tem como finalidade disciplinar o funcionamento da Administração Pública e a conduta de seus agentes, promulgada em 26 de novembro de 2021, delimita o acesso às dependências físicas dos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo aos agentes públicos que estiverem devidamente imunizados contra a covid-19.

Considera para tanto, em termos sanitários, a perspectiva de circulação endêmica do SARS-CoV-2, antígeno causador da covid-19, em solo brasileiro, e a necessidade de se prevenir ao máximo os riscos da sua disseminação; com finalidade precípua de resguardar a saúde dos agentes públicos. E em termos administrativos, o dever do Estado de prover aos usuários do serviço público um ambiente de atendimento salubre, com a máxima mitigação possível dos riscos à exposição ao SARS-CoV-2.

Como parte normativa, a Portaria objeto de análise resolve estabelecer como requisito para acesso às dependências físicas dos órgãos e entidades públicas do Poder Executivo Estadual, que os agentes públicos deverão ter sido imunizados contra a covid-19, por meio da aplicação de imunizante vacinal primário completo, ou seja, primeira e segunda doses.

Como medida que propicie o seu cumprimento dispõe, conforme seu art. 3º §§ 1º e 2º que os agentes públicos sem imunização vacinal ou com dose em atraso para a integralização do ciclo de vacinação, deverão ser notificados para comprovarem, em um prazo de 5 (cinco) dias, a vacinação contra a covid-19.

Todavia, conforme o disciplinado no art. 4º da referida portaria:

A ausência de comparecimento ao expediente pelo agente público, em razão de não possuir imunização vacinal contra a covid-19, será registrada como falta injustificada, podendo, a depender da natureza do vínculo, implicar: I – Na apuração da conduta na seara disciplinar; II - Rescisão do contrato ou termo de compromisso firmado com o órgão ou entidade pública e; III - Adoção de demais providências para resguardar o erário e o interesse público.(ESPÍRITO SANTO, 2021)

Apurado, em síntese, o teor da respectiva portaria, passa-se a análise da sua classificação, que se amolda como um ato administrativo normativo de caráter geral e abstrato. No que pese a divergência doutrinária para a conceituação de ato administrativo, decorrente da ausência de conceito legal, portarias são consideradas atos administrativos porque são atos jurídicos. Di Pietro (2019, p. 189) define ato administrativo “como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”

A Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R é classificada como um ato administrativo geral e abstrato, geral porque, no que tange aos seus destinatários, possui caráter generalizado, abstrato, impessoal, com finalidade normativa, alcançando todos os que se enquadram na

definição de agentes públicos elencados no rol do art. 2º da portaria, que se encontram na situação de fato estado de calamidade pública decretado em decorrência da pandemia da covid-19¹, abrangida por seus preceitos.

Abstrato porque prevê reiteradas e infindas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorre a reprodução da hipótese nela prevista, alcançando um número indeterminado e indeterminável de destinatários na vasta categoria de agentes públicos do Estado do Espírito Santo.

4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

Antes de tratar sobre os parâmetros da inconstitucionalidade do ato normativo objeto da questão, faz-se imperioso destacar, em breve síntese, sobre as nuances da relação entre os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade em um Estado Democrático de Direito, como o é o Brasil. Nessa perspectiva, Jorge Miranda (1983, p. 273-274) anota que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade possuem alta relação, de modo a se perfazer na compatibilidade que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, partindo da premissa da análise se este comportamento está ou não conforme a Constituição, se com ela é ou não compatível, se cabe ou não no seu sentido.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra “ curso de direito constitucional (2017, p.1114) explicam que “ os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos.”

Por conseguinte, a inconstitucionalidade diz respeito a um conflito de lei, ato normativo ou jurídico às normas contidas na Constituição, quer seja a Federal, quer sejam as Estaduais, trazendo como critério todo um ordenamento jurídico locacional (conjunto de leis de um país). O que se busca sobre esse tema é saber quando uma norma infraconstitucional padecerá de vício de inconstitucionalidade, que poderá verificar-se em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público.

No que pese os atos comissivos, como a etimologia da palavra se faz entender, a inconstitucionalidade por ação (ato comissivo/positiva ou por atuação), concerne na incompatibilidade vertical dos atos inferiores, leia-se: atos do Poder Público ou leis. Em outras palavras, o vício da norma se dá em razão de uma conduta ativa do Poder Público ao emanar atos normativos e promulgar leis que vão de encontro às normas constitucionais, causando choque de incompatibilidades.

Da mesma forma, etimologicamente, a palavra omissão diz respeito a uma inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependem de uma regulamentação e integração através de normas infraconstitucionais. Em suma, ocorre quando o Poder Público deixa de praticar uma conduta exigida por uma norma constitucional não autoaplicável, que poderá ser sanada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO, ADI-O, ADIN-O) e mandado de injunção (M-I).

¹ Em 20 de março de 2020, foi reconhecido o estado de calamidade pública, conforme Decreto Legislativo Federal de n. 06 de 2020.

Para Canotilho (2003, p. 982), “enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo.”.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2018, p. 48) revela que a conformidade com os dizeres constitucionais não se satisfaz apenas com condutas ativas conformes à Constituição. Vai além, pois a omissão na aplicação de normas consideradas constitucionais também é enquadrada como uma conduta inconstitucional.

Além disso, no que pese a análise de uma norma sobre o crivo da inconstitucionalidade, os sistemas e vias de controle pelo Poder Judiciário, através da análise do seu critério subjetivo, também denominado de orgânico, subdivide o controle em dois: o difuso e o concentrado.

Nascido através do caso paradigma *Marbury x Madison* no ano de 1.803 nos Estados Unidos, o controle difuso, também conhecido como controle norte-americano/por via de exceção ou defesa, em apertada síntese, é um controle aberto, em que a competência é atribuída a qualquer juiz ou tribunal e não se faz concentrado no STF.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes aduz que:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação. (2013, p. 729)

Já no controle concentrado, conhecido com sistema austríaco ou europeu, criado por Hans Kelsen em 1.920, a competência é atribuída exclusivamente a um determinado órgão jurisdicional. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, quando a análise da inconstitucionalidade da norma tenha como parâmetro as Constituições Estaduais.

Alexandre de Moraes também leciona sobre as nuances do controle concentrado, relatando que por meio desse controle busca-se obter a declaração de lei ou ato normativo sem a dependência de um caso concreto. O que se busca é a invalidação de uma lei ou ato normativo com escopo de garantir o princípio da segurança jurídica nas relações.

Dessa forma, o controle concentrado verifica-se em cinco situações:

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);
- b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a in fine; EC n. ° 03/93);
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). (BRASIL, 1988).

O que se busca com a ADI é o controle de lei ou ato normativo, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração, vez que esse controle é realizado, em tese, de forma abstrata. A finalidade é saber se a lei (*latu sensu*) é ou não inconstitucional, manifestando-se o judiciário de forma específica sobre o objeto, buscando a invalidação de lei ou ato normativo viciado material ou formalmente.

Ressalte-se que, a ADI está relacionada ao controle concentrado de inconstitucionalidade, sendo exercida de modo abstrato, através de um requerimento perante o Supremo Tribunal Federal. Os objetos da ADI, ou seja, as normas que podem ter a constitucionalidade questionada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, serão sempre leis ou atos normativos federais, estaduais e distritais editados após a Constituição da República Federativa de 1988.

Os legitimados ativos, que podem provocar o controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADI, são os do rol do art. 103 da Constituição Federal, senão veja:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - O Presidente da República;
- II - A Mesa do Senado Federal;
- III - A Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - O Procurador-Geral da República;
- VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - Partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Convém salientar que esses legitimados, classificam-se em universais e especiais, os universais possuem a prerrogativa de propor a Ação em qualquer momento, sendo eles: “o presidente da República; mesa da Câmara dos Deputados, mesa do Senado Federal, partido político, Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil”.

Os legitimados especiais, em contrapartida, para poderem propor ADI necessitam de uma clara e coesa demonstração da pertinência temática com a lei objeto de análise e a sua atuação como representante de determinado Ente Federativo, ou seja, o seu interesse de agir. São eles: O Governador do Estado ou do Distrito Federal; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Trata-se, portanto, de condição de procedibilidade da ação direta de inconstitucionalidade.

Vislumbra-se, portanto, que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos se revelou uma das mais eminentes criações do direito constitucional. Nesse sentido, a garantia da ADI surge como um elemento significativo no direito brasileiro, pois por meio dela e das demais ações processuais constitucionais a supremacia da Constituição ganha *status* eficaz, tendo em vista ser a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2018, p. 48) adenda que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”

5 ANÁLISE SE A PORTARIA CONJUNTA SEGER/SESA N. ° 03-R, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2021 PODE SER OBJETO DE ADI À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

Após a análise do conteúdo da Portaria Conjunta SEGER/SESA N.º 03-R, de 26 de novembro de 2021 e as nuances do conceito de ADI no sistema processual constitucional, o presente artigo visou analisar se a portaria em questão pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Nessa vertente imperioso destacar que, em regra geral, portarias não podem ser objeto de ADI, todavia para que uma portaria permita a fiscalização abstrata de sua constitucionalidade é necessário que se revele como um ato normativo dotado de abstração, generalidade, impessoalidade e imperatividade. Nesse sentido destaca-se a jurisprudência do STF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PORTARIAS 831 DE 2001 E 80 DE 2006 DO DETRAN DO ESTADO DO TOCANTINS. PROFISSÃO DE DESPACHANTE DE TRÂNSITO. CONHECIMENTO DA ACÇÃO DIRETA. USURPAÇÃO COMPETÊNCIA DA UNIÃO. CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO PROFISSIONAL. VÍCIO DE INICIATIVA. ART. 22, XVI, DA CRFB. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PRECEDENTES. 1. As Portarias 831/2001 e 80/2006 do DETRAN-TO revelam suficiente generalidade, abstração e independência normativa para permitir a fiscalização abstrata de sua constitucionalidade. Precedente. Ação conhecida. 2. A jurisprudência pacífica desta Corte consolidou-se no sentido de que é de competência privativa da União legislar sobre condições para o exercício de atividade profissional, nos termos do art. 22, XVI, da Constituição Federal. Precedentes. 3. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, declarando a inconstitucionalidade formal das Portarias 831/2001 e 80/2006, ambas do Departamento Estadual de Trânsito de Tocantins.(ADI 6754, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 12-07-2021 PUBLIC 13-07-2021)

Outrossim, ato secundário não pode ser passível de impugnação por meio de ADI, conforme a jurisprudência do STF:

Processo constitucional. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Natureza regulamentar do ato impugnado. Ato secundário (regulamentar). Inexistência de ofensa direta à Constituição Federal. Controle de legalidade. Pretensão manifestamente incompatível com a via da ação direta de inconstitucionalidade. Associação fracionária. Associação representativa apenas de fração da categoria profissional. Art. 2º da Portaria nº 2.265, de 16.10.2014, do Ministro de Estado da Saúde. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que ação direta de inconstitucionalidade não configura meio idôneo para impugnar ato secundário (regulamentar) em face de legislação infraconstitucional. Nesse sentido: ADI 4.095 AgR, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 2.792 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 1.383 MC, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 3.074 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki. 2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é pacífica no sentido de que entidade que represente somente fração da categoria profissional atingida pela norma carece de legitimidade ativa para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido: ADI 1.486 MC, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 1.875 AgR, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1.788, Red. para o Ac. Min. Nelson Jobim; ADI 3.617 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 5.444 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Em consonância com o disposto na portaria em comento, percebe-se que tal ato normativo é marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração, como já explanado no capítulo 1 do presente artigo, o que a qualifica como passível de ser analisada sobre o crivo da inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes (2017, p. 1264) “ atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual podem ser objeto de controle abstrato de normas.”

Nesse sentido, apesar do conteúdo da norma ter surgido em um período de exceção administrativa, que necessariamente pressupõe atenção na prática das normas por ela impostas, com olhos cautelosos no ambiente de urgência, vislumbra-se a possibilidade de o referido ato normativo ser objeto de ADI, na busca de prevalecer a Supremacia Constitucional.

Como já explanado, a portaria em análise trouxe contornos e debates entre direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito fundamental à liberdade, acoplado ao direito social ao trabalho e o conceito de isonomia, ante a não discriminação em contrapartida às exceções de um estado de calamidade pública.

No que pese a análise do texto da lei maior, o art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos XIII e XLI assevera que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 1988).

Além disso, nos termos do art. 6º da CRFB/88, na redação dada pelas ECs ns. 26/2000, 64/2010 e 30/2015: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.

Trata-se, portanto, conforme os ensinamentos de Lenza (2018, p. 1337), de desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito. Ressaltando que, enquanto direitos fundamentais, os direitos sociais têm aplicação imediata, conforme o que dispõe o § 1º do art. 5º da CRFB/88.

Alexandre de Moraes (2013, p. 201) reflete os direitos sociais como direitos fundamentais do homem, que são verdadeiras liberdades positivas e normas de ordem pública, com a característica de imperativas, no qual um Estado Social de Direito deve observá-las de modo obrigatório, além de serem fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, IV da Constituição Federal.

O direito ao trabalho, classificado pela doutrina como um direito de segunda dimensão, aqui fala-se em um dos direitos sociais, dos quais tratam-se de:

Prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito e tendente a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, consagrados, ainda, como fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, IV da CRFB/88, é um relevante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, como estabelece o art. 170, *caput*, da Constituição Federal. (LENZA, 2018, p. 1338).

Em contrapartida, decorrente do estado de calamidade pública, nas vias de exceções normativas, em 17 de dezembro de 2020, o Partido Democrático Trabalhista ajuizou ação direta

de inconstitucionalidade n.º 6.586 com pedido de cautelar para que seja dada interpretação conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020

A alínea “d” do inciso III do art. 3º da referida lei, objeto de análise da ação, em síntese, regulamenta que para o enfrentamento da pandemia as autoridades, no âmbito de suas respectivas competências poderão adotar a vacinação compulsória.

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, sustentaram que o conceito de vacinação compulsória não tem o mesmo significado que a vacinação forçada, pois o usuário possui a faculdade de recusá-la. Todavia, é possível que tais vacinações compulsórias sejam implementadas por meio de medidas consideradas indiretas. Além disso, nos termos do voto do Relator, essas medidas devem respeitar a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como se vê:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs

conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (BRASIL, 2020)

O Ministro Ricardo Lewandowski, lembra normas antigas, como a Lei 6.259/1975, e o Decreto 78.231/1976, que instituíram o Programa Nacional de Imunizações (PNI), ocasião em que já fixaram a possibilidade da vacinação obrigatória, mas não a vacinação forçada. Em 2004, o Ministério da Saúde editou portaria segundo a qual “a obrigatoriedade da vacinação não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais”. (FREITAS, 2020).

Por conseguinte, ao editar a Portaria Conjunta SEGER/SESA N.º 03-R, de 26 de novembro de 2021, o Secretário de Estado de Gestão e Recursos Humanos e o Secretário de Estado da Saúde, manifestaram clara lesão a preceitos fundamentais, eis que as medidas impostas pelo Estado do Espírito Santo, no que concerne aos seus agentes públicos vislumbra-se ato atentatório à liberdade de escolha dos servidores, no que encaixa seus direitos e garantias fundamentais, quer seja pela inviolabilidade do corpo humano, quer seja pelo descumprimento de normas constitucionais de fundo em geral.

Como já mencionado, a portaria em questão traz em seu arcabouço como consequência da ausência de comparecimento ao expediente, em razão do servidor público do Estado não possuir vacinação contra a covid-19, que suas faltas serão registradas como injustificadas, além dos descontos de valores decorrentes de tais faltas, o não comparecimento ao trabalho por essa razão poderá implicar na apuração da conduta em processo administrativo disciplinar (PAD), rescisão do contrato ou termo de compromisso firmado com o órgão público e adoção de demais medidas com a finalidade de preservar o erário e o interesse público.

Logo, é possível observar que, a escolha de não vacinação pelos agentes públicos estatais se amolda em consequências que não seriam implementadas por meio de medidas indiretas, razoáveis, proporcionais e que respeitassem normas constitucionais de fundo, como direcionado pela Suprema Corte no julgamento da ADI n.º 6.586, vez que as faltas dos servidores públicos pela não vacinação contra a covid-19 acarretaria uma série de medidas que se exauriram na exoneração do funcionário.

A título de exemplo e com consequências mais gravosas, os servidores públicos militares estaduais do Espírito Santo que escolherem não se vacinar contra a covid-19, na seara disciplinar, em apuração da conduta por meio de processo administrativo, poderão sofrer sanções que seriam capazes de prejudicar futuras promoções na carreira, além de prejuízos financeiros. E na seara criminal, em caso de mais de oito dias com faltas injustificadas, a apuração de crime de deserção através da justiça penal militar. Como se vê:

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

Outrossim, a legislação sanitária brasileira, pode impelir a vacinação compulsória *in loco*. Todavia, não pode impor medidas aflitivas, coativas e invasivas, ante os direitos à inviolabilidade e integridade do corpo humano, padecendo essas medidas de inconstitucionalidade por excelência.

Ressalte-se, nos termos da Declaração de Viena de 1993, “Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos: sua proteção e promoção serão responsabilidades primordiais do Governo.”. Se não bastasse, é bem sabido que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e sua garantia é um dos objetivos do Estado brasileiro.

Dessa maneira, os direitos humanos configuram um verdadeiro patrimônio jurídico, ao qual fazem jus os seres humanos indistintamente, havendo um rol mínimo de direitos comum a todos independentemente de qualquer circunstância, aqui, independente do estado de calamidade pública decretado em decorrência da covid-19.

Nesse viés, no caso dos servidores públicos, há a imposição de medidas diretas por meio da Portaria em análise pois se o agente público não frequenta o seu local de trabalho ele estará praticando um ilícito administrativo/uma infração disciplinar, que diretamente acarretará em consequências para a sua carreira pública.

Insta consignar que os direitos fundamentais, estão sim sujeitos a limitações das mais variáveis, todavia, necessariamente precisam dar guarida ao seu núcleo essencial. Sobre isso ensina Barroso (2019, p. 513) no que pese a teoria dos limites dos limites:

O conceito de núcleo essencial é bastante intuitivo: ele corresponde à parcela mínima do direito fundamental que não pode ser suprimida, sob pena de se ter de reconhecer que o direito foi violado. No plano objetivo, é correto afirmar que a lei não pode restringir um direito fundamental afetando o seu núcleo essencial [...]

Ademais, o princípio da proporcionalidade, em seus três elementos destacados pela doutrina alemã, quais sejam: pertinência, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, possui como fim o objetivo de trazer equilíbrio entre os direitos individuais e os anseios da maioria. Dessa forma, pelo princípio da pertinência, que envolve a adequação, analisa-se se a medida imposta é caracterizada como apta e idônea para atingir o fim pretendido pela norma, ou seja, adequada.

O princípio da necessidade demonstra que tal medida não pode exceder os limites indispensáveis a conservar o fim pretendido, de modo a analisar a possibilidade de se adotar uma medida menos restritiva de direitos. E, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio utilizado seja o de menor prejuízo possível, em que as vantagens superem as desvantagens, havendo, para tanto, uma relação de proporção.

Por conseguinte, sobre a dupla face da proporcionalidade, que surge no intuito de proibir os excessos para restringir as atividades do Estado que limitem direitos e garantias fundamentais individuais, leciona a professora doutora em direito pela PUC-SP Vilas Bôas (2018):

A evolução do conceito de Estado trata de revesti-lo de uma dupla face, ou seja, em um Estado marcado pelo ideário liberal, os direitos a serem protegidos por um ordenamento, em sua maioria, são de feição individual, o que revela que embora alguns direitos fundamentais - liberdade e a propriedade - não possam ser considerados como meros direitos privados, eis que sua preservação é benéfica para toda a sociedade, ambos têm, ao menos em sua concepção clássica, um caráter individual.

Sobre o tema, Sarmiento (2000, p.77) sustenta que o princípio da proporcionalidade “ visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão”

A razoabilidade é, em consonância, um dos grandes instrumentos para evitar abusos na atividade administrativa, ocasião em que, mesmo que o administrador público tenha discricionariedade, não poderá fugir dos padrões de normalidade.

Destaca-se, aqui, as palavras de Barroso sobre a proporcionalidade em relação aos dogmas que devem ser considerados no momento de sua aplicabilidade, principalmente para restringir direitos fundamentais:

A proporcionalidade, por sua vez, evoluiu, sobretudo, como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais. [...] ela se tornou um mecanismo de controle dividido em três etapas, nas quais se vai verificar: (i) a adequação de uma medida para produzir determinado resultado (idoneidade do meio para realizar o fim visado), (ii) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso (se houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim é ilegítimo o emprego do meio mais gravoso) e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se afere se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica. (BARROSO, 2019, p. 514).

Logo, percebe-se que, a Portaria encontra-se em colisão com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. ° 6586, pois não atendeu aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, eis que as medidas impostas no referido ato normativo se revestem de caráter excessivo que lesionam as liberdades individuais, ao passo que, medidas menos gravosas poderiam ser implementadas pelo Estado com a finalidade de resguardar o interesse e erário público, bem como a saúde de todos, inclusive dos servidores que se negarem a imunização da covid-19 pela sua autodeterminação.

Dessa maneira, numa análise da Portaria objeto de estudo, verifica-se, ante suas características e enquadramento administrativo, bem como a ofensa a preceitos fundamentais e o seu descompasso com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade do ato normativo em questão ser objeto de ADI.

6 CONCLUSÃO

Com base no estudo sobre a natureza jurídica da Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021, em que pese, ser um ato normativo geral e abstrato emanado pelo Executivo do Estado do Espírito Santo durante as intempéries do estado de calamidade pública decretado no território nacional em decorrência da pandemia da covid-19, o presente trabalho buscou, analisá-la com o fim precípua de enquadrá-la no rol dos objetos de uma ADI.

Ao propósito, no que concerne os debates em relação ao núcleo do ato normativo em questão, o direito à saúde deve ser garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas eficientes para prevenir e tratar as doenças oriundas da pandemia. Dessa maneira, a Administração Pública Direta e Indireta deve aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias, mas principalmente porque se vestem e presumem expertise para dar plena eficácia ao direito à saúde.

Todavia, em *contrário sensu* do que a portaria em estudo trouxe ao cenário de controle e combate da pandemia no Estado do Espírito Santo, os direitos fundamentais, que são inerentes aos homens, precisam ainda mais permanecer fixos ao longo de períodos de exceção, com a finalidade de se evitar barbáries na base principiológica das normas constitucionais de fundo.

Por derradeiro, a emergência sanitária do cenário caótico pandêmico não implica, nem tampouco é capaz de autorizar a outorga de discricionariedade sem controle. Frisa-se, nesse sentido, que a observância de direitos e garantias individuais que são respeitados durante a normalidade administrativa, legislativa e judiciária em um Estado Democrático de Direito, devem permanecer invariáveis no decurso de uma exceção, ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior, pois são direitos protetivos, que garantem o mínimo aos sujeitos e nessas ocasiões as vulnerabilidades que são tuteladas por tais normas se mostram com maior extravagância.

Nesse sentido, concatenando a Supremacia Constitucional com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3686, é possível a percepção cristalina de que a portaria em comento pode ser objeto de ADI, ante sua natureza jurídica e a máxima de ser um ato normativo incompatível com o sistema constitucional pátrio.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Voto do relator em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6586**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Norma estadual não pode dispor sobre condições para o exercício de atividade profissional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4f0bf7b7b1aca9ad15317a0b4efdca14>>. Acesso em: 13/09/2022

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Poder Público pode determinar a vacinação compulsória contra a Covid-19 (o que é diferente de vacinação forçada)**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/aa85e45da94cb0d78853c50ba636a15a>>. Acesso em: 01/09/2022

ESPÍRITO SANTO. **Portaria Conjunta SEGER/SESA N. ° 03-R, de 26 de novembro de 2021**. Delimita o acesso às dependências físicas dos órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual aos agentes públicos que estiverem devidamente imunizados contra a COVID-19. Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, 26 nov. 2021. Disponível em: <<https://servidor.es.gov.br/Media/PortalServidor/Espa%C3%A7o%20RH/PORTARIA%20CONJUNTA%20SEGER%20SESA%20N%C2%BA%2003-R.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

FREITAS, Hyndara. Lewandowski: União, estados e municípios podem determinar vacinação obrigatória: Ministro fixou que Estado pode determinar medidas restritivas para quem não se vacinar, mas não pode forçar cidadãos. **Revista Jota**, 16 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/vacinacao-obrigatoria-lewandowski-16122020>> Acesso em: 26 abr. 2022.

J.J Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7. Ed., p. 982.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**.Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PETERLE, Luana do Amaral; VIEIRA, Paloma Mariano; ZAGANELLI, Juliana Costa. **DIREITO ADMINISTRATIVO DA EMERGÊNCIA E A COVID-19: A SUBMISSÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E OS REFLEXOS DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/2020 NO QUE TANGE A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, [S.l.], v. 93, n. 2, p. 133 - 144, out. 2021. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/250839/39609>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. A relevância do princípio da proporcionalidade à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Jurídica Direito e Paz**, Ed. 38,

v. 1, p. 22-40, julho. 2018. ISSN 2359-5035. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/827F662954031172E050A8C0DD017DE2#:~:text=A%20doutrina%20alem%C3%A3%20subdivide%20o,subprinc%C3%ADpios%20presentes%2C%20a%20proporcionalidade%20%C3%A9>. Acesso em: 28 abr. 2022.