

DIREITO CIVIL ATUAL

Lei das Vacinas: entre o inócuo, o questionável e o inconstitucional

29 de março de 2021, 10h26

Por Alex Mecabô

No último dia 10, entrou em vigor a Lei das Vacinas (nº 14.125/2021), sancionada com vetos pelo presidente Jair Bolsonaro. Originada em uma proposta apresentada pelo senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG), a lei trata, em breves linhas: 1) em seu artigo 1º, da responsabilidade civil dos entes públicos por possíveis eventos adversos causados pela vacinação contra a Covid-19; e 2) da aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado, inserta em seu artigo 2º.

Sobre o primeiro aspecto, a lei parece não possuir qualquer utilidade. Isso porque ao outorgar uma autorização aos entes públicos para assumir riscos referentes à responsabilidade civil nos contratos e parcerias com os laboratórios, ignorou que o exercício de vacinação se insere na categoria de serviço público, calçado, por conseguinte, na responsabilidade objetiva do Estado, em razão da adoção da teoria do risco administrativo [1], extraída do artigo 37, §6º, da Constituição Federal [2], e complementada, segundo a jurisprudência, pelos artigos 22 [3] e 14 [4] do Código de Defesa do Consumidor.



A discussão, inclusive, já é conhecida no STJ, que há muito decidiu: *"Uma das mais extraordinárias conquistas da medicina moderna e da saúde pública, as vacinas representam uma bênção para todos, mas causam, em alguns, reações adversas que podem incapacitar e até levar à morte. Ao mesmo Estado que se impõe o dever de imunizar em massa compete igualmente amparar os que venham sofrer com efeitos colaterais. Com base no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil ou no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas"* [5].

Sobre esse aspecto, no entanto, um breve parêntese é necessário: a despeito desta interpretação jurisprudencial da corte superior (que é, também, acompanhada por diversos tribunais da federação), parece certo afirmar que o exercício de vacinação, quando gratuito, não deve ser submetido às regras do diploma consumerista, em razão da ausência de qualquer espécie remuneração — requisito exigido pelo artigo 3º, §2º, para aplicação do CDC. Contudo, esse alerta não altera as conclusões acerca da inutilidade do artigo 1º da Lei das Vacinas, na medida em que a incidência do artigo 37, §6º, da Constituição Federal remete à mesma conclusão, ou seja, a responsabilização objetiva do Estado.

Noutras palavras, tem-se que a autorização trazida pela lei é inócua. Por um lado, a vacinação se constitui como uma obrigação estatal, não havendo que se falar na possibilidade de omissão do poder público para conter o avanço da crise epidemiológica causada pela Covid-19 [6]. Por outro, efeitos adversos serão imputáveis, independentemente da autorização legal, ao ente público prestador do serviço de vacinação, desde que presente, no caso concreto, o nexo de causalidade entre fato e dano alegado.

Sublinhe-se, também, que eventual direito de regresso em face dos laboratórios contratados somente seria defensável nos casos de dolo ou culpa do fabricante. A crise causada pela Covid-19 é situação inédita e exige soluções contextuais inéditas. As vacinas recentemente aprovadas, por certo, possuem um risco agregado, decorrente da sua apressada descoberta, aprovação e distribuição. Não seria sequer lógico repudiar a imunização por conta do receio de efeitos adversos incertos e, por ora, sem qualquer lastro científico, vez que as vacinas aprovadas passaram por rigorosos testes nos órgãos reguladores, nacionais e estrangeiros, e continuam sob constante avaliação de qualidade e eficácia.

Sobre o segundo ponto abordado na legislação, tachado por alguns como um gatilho para a privatização da saúde, é indubitável que foi perdida uma oportunidade de conciliar esforços do poder público e dos agentes privados para a imunização. Isso porque o artigo 2º autorizou que pessoas jurídicas de direito privado adquiram vacinas somente se houver doação integral das doses ao SUS, enquanto perdurar o período de vacinação dos grupos prioritários. Finalizada essa etapa, a lei determina uma doação de 50% das doses para o sistema estatal, e que as demais sejam utilizadas de forma gratuita.

Ou seja, a lei vedou qualquer espécie de comercialização das doses e, independentemente da concordância ou não com essa posição legislativa, é certo que o preceito legal terá pouco (senão nenhum) efeito prático, salvo raras intenções altruístas de empresas e outros atores privados.

A disposição, ainda, é curiosa na medida em que destoa de uma prática há muito sedimentada no país: a vacinação sempre funcionou sob vieses distintos, há esforços do poder público, com a vacinação no SUS, gratuita, e esforços de setores privados, com a venda de vacinas em hospitais, clínicas e farmácias. Algo similar ocorre com o mercado de planos de saúde privados, que já alcança 28,5% [7] da população brasileira e convive, sem causar qualquer efeito negativo, com o sistema público de saúde — pelo contrário, àqueles que possuem melhores condições financeiras acabam por desafogar o SUS, assegurando uma melhor destinação das verbas para àqueles que necessitam.

Essa postura legislativa também parece colidir com a Constituição Federal, que em seu artigo 199 dispõe que *"a assistência à saúde é livre à iniciativa privada"*, bem como com o artigo 5º, XXII e XXIII, que prevê a proteção à propriedade privada, sendo certo que a imposição de uma espécie de caridade, pretendida pela lei, para além de injustificável, não dialoga com a liberdade econômica, baliza do Estado brasileiro. Frise-se, sobre este aspecto, excertos da decisão liminar recentemente proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 1013225-55.2021.4.01.3400, em trâmite perante a 21ª Vara Federal Cível do Distrito Federal, que reconheceu a existência de inúmeras inconstitucionalidades no caput do artigo 2º, ora debatido:

a) *"Ou seja, de fato, procede o argumento de que, em termos práticos, por via indireta, a Lei 14.125/21, ao invés de flexibilizar e permitir a participação da iniciativa privada, acabou "estatizando" completamente todo o processo de imunização da Covid-19 em solo brasileiro (contrariando até mesmo o artigo 199 da CF/88, o qual é expresso em garantir que "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada"). Afinal, mesmo legalmente "autorizadas" a importar tais vacinas, as organizações privadas passaram a ser obrigadas a doar INTEGRALMENTE tudo que conseguirem importar até que o Estado brasileiro conclua a "imunização dos grupos prioritários previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação" (que, na melhor das hipóteses, seguindo o atual ritmo, só deverá ocorrer daqui quase um ano)";*

b) *"De pronto, salta aos olhos que, ao impor a doação coativa de 100% (1ª fase) e 50% (2ª etapa) das vacinas a serem importadas pela sociedade civil, o artigo 2º da Lei 14.125/21 acabou por legalizar verdadeira tentativa de usurpação inconstitucional da propriedade privada. Trata-se de tentativa de usurpação inconstitucional porque, no caso, a transmissão forçada da propriedade privada para o Estado (definida como condição para a legalização das operações de importação das vacinas) não se amolda a nenhuma das hipóteses albergadas pela nossa Carta Política".*

A decisão judicial é irretocável. A lei pecou ao deixar de estimular uma conciliação de esforços entre o governo e o setor privado. A supremacia do interesse público é inquestionável, mas somente serviria como justificativa para a lei se houvesse, de fato, riscos para o cumprimento dos deveres estatais de vacinação — situação não verificável no cenário brasileiro, onde foi limitado o interesse de aquisição de vacinas apenas para alguns poucos laboratórios.

É importante ressaltar, por fim, que não se defende, nesta coluna, inserir a vacinação contra a Covid-19 em uma lógica estrita de mercado, com a disponibilização apenas para aqueles que possam pagar mais. Pelo contrário, defende-se uma postura inteligente do poder público para construção de uma união de esforços: por exemplo, farmacêuticas que não atraíram interesse do governo (como a indiana Covaxin, da Bharat Biotech) estariam livres para negociar com laboratórios nacionais e outros entes privados interessados na aquisição, com a possibilidade de venda das doses à população. A medida aceleraria o processo de imunização e atenderia, ao fim, o próprio interesse público perseguido pelo Estado.

Assim, diante dessas razões, parece que a Lei das Vacinas, na sua redação final, pecou na tecnicidade e no atendimento do interesse coletivo, figurando, ao fim e ao cabo, como mais uma norma descolada da realidade prática e com pouca, senão nenhuma, serventia à população, contrariando, também, as disposições da Constituição Federal.

** Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-TorVergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFam).*

[1] “[...] Tratando-se de reparação dos danos, vale dizer, da restauração do estado anterior à lesão, responsabiliza as entidades públicas [...] independentemente da existência de culpa. [...] A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços público não decorre da falta mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador pátrio acolheu, ineludivelmente, a teoria do risco administrativo [...] Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa”.

(DENARI, Zelmo. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al]. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 192).

[2] Que dispõe: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

[3] Que dispõe: *“Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”*.

[4] Que dispõe: *“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”*.

[5] STJ. REsp 1388197/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 19.04.2017.

[6] Sobre este aspecto, prevê o artigo 2º da Lei 8.080 de 1990: *“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”*.

[7] IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde. Disponível em:
<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>.

Alex Mecabô é advogado, mestrando na UFPR e sócio do escritório Tomasetti Jr & Xavier Leonardo — Sociedade de Advogados.

Revista **Consultor Jurídico**, 29 de março de 2021, 10h26