VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Preliminarmente, verifico que me foi distribuída a ADPF 756/DF por dependência à ADPF 754/DF, ambas ajuizadas em face do mesmo ato, qual seja, a suposta “decisão” do Presidente da República de interromper as tratativas realizadas entre a União e o Instituto Butantan de São Paulo para a aquisição de vacinas contra a Covid-19 por este desenvolvida. Tendo em vista a *causa petendi* aberta das ações de controle abstrato, procedo ao julgamento conjunto de ambos os feitos, sem prejuízo da instrução em separado de cada uma delas.

Na sequência, examino o alegado descabimento das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental, em razão de suposta ausência dos requisitos previstos na legislação de regência.

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/1999, a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.

Trata-se de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, mencionado no art. 102, § 1º, da Carta Magna, que não pode ser utilizado para a resolução de casos concretos, nem tampouco para desbordar as vias recursais ordinárias ou outras medidas processuais apropriadas para impugnar ações ou omissões tidas por ilegais ou abusivas.

O ajuizamento de uma ADPF, ademais, rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, que pressupõe, para a admissibilidade desta ação constitucional, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado.

Na espécie, verifico que, nos termos do pedido formulado na inicial da ADPF 754/DF, o partido requerente pretende, em suma, ante a manifestação do Presidente da República proibindo o Ministério da Saúde de assinar protocolo de intenções para a aquisição de 46 milhões de doses da vacina CoronaVac, que (i) o Governo Federal subscreva o referido termo; (ii)

apresente planos de aquisição de vacinas que contemplem todas as alternativas viáveis; (iii) analise os registros de vacinas internacionais em caráter de urgência; e (iv) após a aprovação da Anvisa, providencie com urgência a contratação de vacinas registradas, nos limites das disponibilidades orçamentárias.

Por sua vez, os subscritores da ADPF 756/DF pleiteiam, em suma, que o Presidente da República e o Ministro da Saúde se abstenham da prática de atos tendentes a dificultar ou impedir o prosseguimento das pesquisas para a obtenção de vacinas e medicamentos contra a doença, permitindo que os órgãos competentes possam analisar a sua segurança e eficácia sem quaisquer ameaças ou constrangimentos.

Mas não só. Postulam, ainda, que o Governo Federal seja obrigado a apresentar, no prazo de 30 dias, os planos e programas “relativos à vacina e medicamentos [...] onde conste, sem prejuízo de outras medidas, cronogramas, ações previstas de pesquisa ou desenvolvimento próprio ou em colaboração, tratativas, protocolos de intenção ou de entendimentos e a previsão orçamentária e de dispêndio”, sendo também compelido a empreender os procedimentos necessários para adquirir os imunizantes e fármacos já registrados pela ANVISA.

O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República sustentam que a manifestação presidencial, impugnada por meio destas ADPFs, não apresenta qualquer caráter oficial, constituindo mera “publicação veiculada em contas pessoais de mídias sociais do Presidente da República, ainda que utilizadas para informar demais usuários acerca da implementação de determinadas políticas públicas ou da prática de atos administrativos relevantes” (pág. 1 do documento eletrônico 29 da ADPF 754/DF e págs. 1-2 do documento eletrônico 47 na ADPF 756/DF).

Não obstante tais ponderações, entendo que as ações propostas pelas agremiações políticas subscritoras das iniciais mostram-se viáveis, porquanto voltadas contra manifestação do Chefe do Poder Executivo, que tem o condão de, em tese, fragilizar o direito fundamental à saúde a que alude o art. 196 da Lei Maior, configurando, na prática, ato de efeitos concretos, derivado de autoridade pública, passível, portanto, de impugnação por meio dos presentes instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Digo isso por compreender que a perspectiva mais adequada para analisar-se a questão é a partir do princípio republicano, o qual configura entre nós, juntamente com os princípios democrático e federativo, “o núcleo essencial da Constituição”, garantindo-lhe uma certa identidade e estrutura.

O princípio republicano, aqui considerado, não só constitui um “mandamento de otimização”, ou seja, um preceito que determina “que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, como também representa um complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, a ser expandido em sua extensão máxima.

Ora, numa república plural e democrática como se pretende seja a nossa, não é difícil perceber que as redes sociais constituem importante fórum de debates públicos, dos quais, com uma frequência cada vez maior, participam autoridades governamentais, cujos pronunciamentos adquirem caráter oficial, sobretudo quando tratam de temas de interesse da coletividade, ainda que seus emissores não tenham essa intenção. Por isso, é preciso que todos aqueles que delas participem ajam com moderação e responsabilidade, notadamente o Presidente da República, devendo suas manifestações refletir, sempre e necessariamente, o elevado múnus público do qual está investido.

Registro, a propósito, que em didático voto proferido no julgamento do MS 37.132/DF - ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal -, ajuizado contra o Presidente da República, em que o impetrante se insurgiu contra o fato de ter sido bloqueado em rede social utilizada por este último, o relator, Ministro Marco Aurélio, asseverou o seguinte:

"O perfil @jairmessiasbolsonaro, no aplicativo Instagram, é indicado como pertencente à 'figura pública', identificada como 'Jair M. Bolsonaro', 'eleito 38o. Presidente da República Federativa do Brasil.

[...]

A conta na rede social é acessível ao público, de modo que qualquer pessoa pode visualizar o perfil e as postagens.

As mensagens publicadas pelo impetrado não se limitam a temas de índole pessoal, íntima ou particular. Dizem respeito a assuntos relevantes para toda a coletividade, utilizado o perfil como meio de comunicação de atos oficiais do Chefe do Poder Executivo Federal.

A atuação em rede social de acesso público, no qual veiculado conteúdo de interesse geral por meio de perfil identificado com o cargo ocupado - Presidente da República -, revela ato administrativo praticado no exercício do Poder Público. Ante a premissa, surgem o cabimento do mandado de segurança e a legitimidade da autoridade impetrada."

Há um interessante precedente, em idêntico sentido, da Justiça estadunidense, no qual a *United States District Court for the Southern District of New York*, manteve decisão proferida pela Juíza Federal Naomi R. Buchwald, por entender que a conta pessoal no Twitter do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, é um fórum público, concluindo que ele não poderia bloquear os seus críticos naquela rede social. Confira-se abaixo trechos relevantes do referido jugado:

" We conclude that the evidence of the official nature of the Account is overwhelming. We also conclude that once the President has chosen a platform and opened up its interactive space to millions of users and participants, he may not selectively exclude those whose views he disagrees with.

[...]

Once it is established that the President is a government actor with respect to his use of the Account, viewpoint discrimination violates the First Amendment.

[...]

A public forum, as the Supreme Court has also made clear, need not be 'spatial or geographic' and 'the same principles are applicable' to a metaphysical forum.

[...]

To determine whether a public forum has been created, courts look 'to the policy and practice of the government' as well as 'the nature of the property and its compatibility with expressive activity to discern the government's intent.'

[...]

Opening an instrumentality of communication 'for indiscriminate use by the general public' creates a public forum.

The Account was intentionally opened for public discussion when the President, upon assuming office, repeatedly used the Account as an official vehicle for governance and made its interactive features

accessible to the public without limitation. We hold that this conduct created a public forum”.

Não fosse isso, registro que esta Suprema Corte, ultimamente, tem ampliado o cabimento das ADPFs, como, por exemplo, ao admitir o seu manejo contra súmulas de tribunais (ADPF 167/DF, Rel. Min. Luiz Fux, e ADPF 501-AgR/SC, do qual fui redator para o acórdão), porquanto, anteriormente, não eram considerados atos do Poder Público, atacáveis por meio daqueles instrumentos processuais, mas simples enunciados que consolidavam pronunciamentos judiciais reiterados (ADPF 80-AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau).

Ressalto, ainda, que, recentemente, foi admitida a ADPF 347-MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual se buscava o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no tocante ao sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de providências para coibir lesões a preceitos fundamentais concernentes aos presos, sob a alegação de que decorreriam de ações e omissões da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Na referida ação, o Plenário do STF deferiu cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. E mais: para ordenar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, utilizando-o de acordo com a finalidade para o qual foi criado, sem realizar novos contingenciamentos. Também concedeu liminar de ofício para exigir que a União e os Estados, em particular, o Estado de São Paulo, encaminhassem a esta Suprema Corte informações sobre a situação carcerária.

Há pouco, também, o STF, ao analisar a ADPF 672-MC-Ref/DF, “proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil diante de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19”, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, superando a preliminar de não conhecimento suscitada pela AGU, concluiu pelo cabimento do feito, por entender que

“[...] a legislação prevê que caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental [...] com o objetivo de se evitarem condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétrea da Constituição Federal”.

O uso da referida ação constitucional também já foi admitido em face da

“[...] multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade” (ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Ademais, constato que, na espécie, inexistente outro meio processual adequado para solucionar a multifacetada, grave e urgente questão posta nestes autos, a qual só pode ser convenientemente solucionada mediante ações de caráter abrangente como as ora propostas. Nesse sentido, registro que esta Suprema Corte já entendeu admissível o manejo deste meio processual para impugnar editais de convocação do Exame Nacional do Ensino, “os quais, ainda que possam ser questionados pela via individual ou coletiva, encontram na ADPF, ante a multiplicidade de atores afetados, meio eficaz amplo, geral e imediato para a solução da controvérsia” (ADPF 673-AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin).

Assim, atendido o critério da subsidiariedade e cumpridos os demais requisitos legais pertinentes, penso ser viável o uso das presentes ações como meios idôneos para atacar ato presidencial impugnado. Passo, então, ao exame do mérito dos pedidos formulados nas iniciais.

De início, constato que a pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, a qual, em menos de um ano, infectou e vitimou fatalmente centenas de milhares de pessoas no País e no mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e virtudes de nossa forma de governança, em especial do sistema público responsável por assegurar os direitos fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal.

O direito à vida, é escusado dizer, corresponde ao direito, universalmente reconhecido à pessoa humana, de viver e permanecer vivo, livre de quaisquer agravos, materiais ou morais, significando, ademais, sob pena de ficar esvaziado de seu conteúdo essencial, o direito a uma “existência digna”, conceito mencionado no art. 170 de nossa Lei Maior.

Já a saúde, de acordo com o supra mencionado art. 196, “ **é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação** ” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentar esse dispositivo, assevera que ele abriga uma verdadeira garantia

“[...] porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula ‘a saúde é direito de todos’, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo ‘todos’, **que é o signo de universalização**, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esses sentido ao prever o **acesso universal e igualitário às ações de e serviços de saúde** -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula ‘a saúde é dever do Estado’” (grifei).

Para o renomado doutrinador, ademais, tal

“[...] dever se cumpre pelas prestações de saúde, que, por sua vez, se concretizam mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos** – políticas essas, que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, **não apenas visando à cura de doenças** ” (grifei).

Na mesma linha são as observações de Kildare Gonçalves Carvalho, para quem o direito à saúde não se resume apenas à medicina curativa, mas inclui a medicina preventiva, a qual **exige a execução de uma política social e econômica** adequada, **que esclareça e eduque a população** , além de promover a “higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de

trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras ações” (grifei).

É nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente da Covid-19, que se exige, mais do que nunca, uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação, pois, como adverte o citado jurista José Afonso da Silva, “o **direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que não de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional**” (grifei).

Aqui vale lembrar que o Preâmbulo, datado do já longínquo ano 1946, da Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS, agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas, integrada pelo Brasil, traz à lume um generoso conceito de saúde, enquanto bem coletivo e dever do Estado, definido da seguinte maneira:

“Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade.

O desfrute do mais alto padrão possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica ou social .

A saúde de todas as pessoas é fundamental para a obtenção da paz e segurança e depende da mais ampla cooperação dos indivíduos e Estados.

O sucesso de qualquer Estado na promoção e proteção da saúde aproveita a todos.

O desenvolvimento desigual nos diferentes países na promoção da saúde e controle das doenças, especialmente das doenças transmissíveis, é um perigo comum.

[...]

Os governos têm responsabilidade pela saúde de seu povo que só pode ser preenchida por meio da oferta de medidas sanitárias e sociais adequadas” (grifei).

Para Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, as formulações incorporadas pela OMS apresentam, como maior virtude, “a identificação da saúde como bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma

individual, outra coletiva e outra ainda de desenvolvimento, assim pensando não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações”, notadamente porque

“[...] em vários momentos históricos a erradicação de pandemias sobreveio em virtude de novas descobertas científicas . E aqui não exclusivamente os fármacos, mas a tecnologia em saúde como um todo. Não há como se pensar em um indivíduo inserido socialmente sem que possa compartilhar dos benefícios da evolução científica para a proteção ou recuperação de seu estado de saúde . Isso evidencia alguns dilemas, como, por exemplo, a contraposição das patentes (vistas, também, como um incentivo ao investimento em pesquisa) e o direito de universalização do acesso a novas formas de tratamento ” (grifei).

É por isso que inexistente qualquer dúvida de que o direito social à saúde coloca-se acima da autoridade de governantes episódicos, pois configura, como visto, um dever constitucionalmente cometido ao Estado, entidade político-jurídica que representa o povo, ou seja, a coletividade dos cidadãos, em caráter “absoluto e perpétuo”, para empregar a clássica expressão - ainda válida nos dias atuais - do jurista francês Jean Bodin, precursor do estudo da soberania.

O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos que se encontrem sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, I, II e III, da CF).

Ao SUS compete, dentre outras atribuições, “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, assim como “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, I e II, da CF).

Esse sistema é compatível com o nosso “federalismo cooperativo” ou “federalismo de integração”, adotado pelos constituintes de 1988, no qual “se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais”, que encontra expressão, no concernente à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF).

Esse compartilhamento de competências entre os entes federados na área da saúde, por óbvio, **não exige a União de exercer aquilo que a doutrina denomina de “competência de cooperação”** (grifei), traduzida na obrigação constitucional de “**planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas**”, especialmente as secas e as inundações” (art. 21, XVIII, CF, grifei).

Ora, logo depois do reconhecimento pela OMS, em 11/3/2020, de que o mundo passava por uma pandemia desencadeada pela disseminação incontrolada do novo coronavírus, **o Congresso Nacional** editou o Decreto Legislativo 6/2020, no qual **reconheceu a ocorrência de calamidade pública**, com efeito até 31/12/2020, nos termos - sublinhe-se - da Mensagem 93/2020 encaminhada pelo Presidente da República ao Legislativo.

Visto isso, retomo o raciocínio, antes entabulado, no sentido de indicar que o principal papel da União no combate à pandemia encontra-se delineado no mencionado art. 21, XVIII, da Constituição, o qual corresponde à magna e indeclinável tarefa de **planejar e promover, em caráter permanente**, ou seja, constantemente e sem solução de continuidade, a **defesa** de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País - ou mesmo outros que nele se encontrem de passagem -, **contra as calamidades públicas**.

E quando o referido dispositivo é lido em conjunto com o precitado art. 198 do Texto Magno, percebe-se que compete à União assumir a **coordenação** das atividades do setor, **incumbendo-lhe**, em especial, “**executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam**

escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional ” (grifei), conforme estabelece o disposto no art. 16, III, **a** , e parágrafo único, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde).

De outro lado, a já antiga Lei 6.259/1975 estabelece que **cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações – PNI, com a definição das vacinações, inclusive as de caráter obrigatório** (art. 3º, *caput*), prescrevendo, ainda, que **a mencionada Pasta coordenará e apoiará tal atividade - técnica, material e financeiramente - em âmbito nacional e regional** , cuja responsabilidade cabe às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput* e § 1º). Ademais, “o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e **assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justificarem ”** (art. 4º, § 2º, grifei).

Pois bem. Se é certo que, como regra, vulnera o princípio da separação dos poderes a atuação de juízes em seara de atuação privativa do Legislativo ou do Executivo, substituindo-os na tomada de decisões de cunho eminentemente político-administrativo, também é verdade que o **Judiciário** , “ **em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde** ” (RE 668.722-AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, grifei).

Na mesma direção apontam os julgados proferidos no AI 734.487-AgR/PR, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, e no RE 271.286-AgR/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Este último recebeu a seguinte ementa:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico

constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar . - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes , inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput , e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade .** Precedentes do STF” (grifei).

Além do mais, o STF já entendeu, com esteio na supremacia da dignidade da pessoa humana, que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais” (RE 592.581/RS, de minha relatoria), de modo que não se poderia opor à decisão judicial o argumento da reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes.

No referido julgado, consignei que “a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema”. Isso porque, conforme asseverado pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF 45-MC/DF, **não poderia o Judiciário omitir-se “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional ”** (grifei). Confira-se abaixo a ementa dessa decisão monocrática:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”.

Com isso, não se quer dizer que os integrantes do Judiciário possam transmutar-se em verdadeiros administradores públicos, intervindo, quando provocados, ou mesmo de ofício, em todas as situações potencialmente vulneradoras de direitos fundamentais. Longe disso: ao julgador só cabe atuar naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte de autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Afirmando isso porque não se quer aqui assentar que o Judiciário - no caso,

representado por esta Suprema Corte - possa implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.

Não obstante, em situações como esta sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, em especial no concernente à eficácia do distanciamento social e dos imunizantes em cogitação, assim como por dúvidas acerca de um futuro acesso universal às vacinas, não posso deixar de asseverar, com toda a convicção, que incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República, de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais, na espécie, daqueles que dizem respeito à proteção da vida e da saúde.

Nesse passo, trago à baila, para melhor exame, trecho da manifestação do Advogado-Geral da União, no sentido de que “a definição e a implementação das políticas públicas relacionadas ao combate à pandemia encontram-se no rol de atribuições conferidas pelo legislador ao Poder Executivo” , o qual, segundo sustenta, estaria atuando de forma coordenada e com o necessário embasamento técnico para debelar a atual crise sanitária (pág. 1 do documento eletrônico 25 da ADPF 754/DF).

Não se deve perder de vista, no entanto, sobretudo neste momento de arrebatador sofrimento coletivo, em meio a uma pandemia que vitimou centenas de milhões de pessoas ao redor do mundo, que não é dado aos agentes públicos tergiversar sobre as medidas cabíveis para debelá-la, as quais devem guiar-se pelos parâmetros expressos na legislação em vigor, pautando-se, tão somente, “em evidências científicas e [...] análises sobre as informações estratégicas em saúde”, conforme consta, de modo expreso, do art. 3º, §1º, da Lei 13.979/2020, cuja constitucionalidade foi reconhecida no julgamento da ADI 6.343-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes.

E aqui reputo conveniente trazer à colação recente julgado proferido pelo Plenário, nessa mesma linha, no qual esta Suprema Corte assentou que “decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards* , normas e critérios científicos e

técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas” (ADIs 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC/DF, 6.425-MC/DF, 6.427-MC/DF, 6.428-MC/DF e 6.431-MC/DF, todas de relatoria do Ministro Roberto Barroso).

Portanto, estando em jogo a saúde de toda a população brasileira, em tempos de grande angústia e perplexidade, avulta mais do que nunca o dever que incumbe ao Estado de pautar as respectivas ações em conformidade com evidências técnicas, científicas e estratégicas, baseando-as, sobretudo, nos princípios da prevenção e da precaução. E, conforme fiz consignar na apreciação da ADI 6.421-MC/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, “neste aspecto, as orientações e consensos da Organização Mundial de Saúde - OMS terão destacada importância, por se tratar, conforme entendimento jurisprudencial do STF, de entidade abalizada para propor parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante dos riscos à saúde”.

Não por outra razão, a Lei 8.080/1990 - modificada pela Lei 12.401/2011 - estabelece que “a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS” (art. 19-Q, *caput*), devendo ser, obrigatoriamente, levadas em consideração pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, “**a s evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento**, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso” (art. 19-Q, § 2º, I; grifei), bem como “**a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas**, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível”(art. 19-Q, § 2º, II; grifei).

Por isso, entendo que **o Estado brasileiro não pode pautar-se por critérios políticos, partidários ou ideológicos para escolher ou rejeitar determinadas vacinas e respectivos insumos, nem discriminá-las com base apenas em sua origem, e muito menos repudiá-las por razões de caráter subjetivo, não lhe sendo lícito abrir mão de qualquer imunizante que venha a mostrar-se eficaz e seguro contra a Covid-19**. A indefinição sobre os critérios de inclusão de determinadas vacinas no Plano Nacional de

Imunizações - PNI, além de gerar perplexidade na comunidade médico-científica e insegurança na população em geral, acarreta ainda indesejável desconfiança sobre os propósitos das autoridades sanitárias com o nefasto potencial de abalar a coesão e harmonia social.

Assim, **diante da possibilidade concreta de que as diversas vacinas, em breve, completarão com sucesso os respectivos ciclos de testes, mostrando-se eficientes e seguras**, conforme indicado nas Informações 552/CONJUR-MS/CGU/AGU (págs. 2-3 do documento eletrônico 26 da ADPF 754/DF), e após a competente aprovação pela ANVISA, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/1976, **constitui dever incontornável da União considerar o emprego de todas elas no enfrentamento do surto da Covid-19, não podendo ela descartá-las, no todo ou em parte, salvo se o fizer - e sempre de forma motivada - com base em evidências científicas sobre a sua eficácia, acurácia, efetividade e segurança, bem assim com fundamento em avaliação econômica comparativa dos custos e benefícios** relativamente às tecnologias já incorporadas, critérios esses estabelecidos na legislação de regência supra mencionada.

Nessa linha também foi a orientação do Presidente do Conselho Nacional de Saúde - instância colegiada, deliberativa e permanente do SUS, que integra a estrutura do Ministério da Saúde -, formulada, *ad referendum* do Pleno, na Recomendação 67/2020, em que preconiza ao Estado brasileiro, em especial ao Executivo Federal, o quanto segue :

“I - Que cumpra o disposto nos compromissos internacionais assumidos e acordados, que evidencie para além do compromisso com a Saúde no Brasil, o envolvimento com a Saúde mundial, **buscando parcerias adequadas e viáveis, científicas e tecnológicas, de forma tal que reflexos negativos para o Brasil possam ser eliminados ou minimizados, tanto na relação social quanto econômica ; e**

II – Que zele pela **transparência em todos os contratos públicos que envolvam transferência de tecnologias para laboratórios públicos**” (grifei).

E segue sugerindo ao Ministério da Saúde que:

“I – Assuma o **papel de Coordenador-Geral das atividades de combate à Covid-19**, em especial neste momento, **com o gerenciamento e harmonização das condutas científicas e técnicas que levem a obtenção de vacina, em qualidade, eficácia, segurança e em**

número adequado para toda a população brasileira, de modo gratuito e oportuno ;

II – Envide esforços para a aprovação da Medida Provisória nº 1.003/2020, que autoriza a adesão do Brasil ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 - Covax Facility, administrados pela Aliança Gavi, para garantir o desenvolvimento e o acesso de todos às vacinas contra a Covid-19;

III - As vacinas vinculadas ao Covax Facility possam ter seus protocolos analisados pela ANVISA para verificação e possível obtenção de registro para uso no Brasil e incorporação no SUS;

IV – **Garanta a cobertura vacinal, divulgando, incentivando e mobilizando amplamente, por meio de uma campanha efetiva de vacinação para a Covid-19, quando houver vacina registrada na ANVISA, e incorporada no SUS**, e, ainda, que mantenha a população informada quanto às medidas não farmacológicas (como uso correto de máscaras, álcool 70, lavagem das mãos e distanciamento social);

V - **Utilize, junto à ANVISA, de estratégias de comunicação para enfrentar notícias falsas quanto às vacinas** e encaminhar ao Poder Público os casos que constituírem crimes, abusos ou situações que prejudiquem de alguma forma a saúde dos brasileiros e brasileiras;

VI - Garanta a aplicação do disposto na legislação brasileira de Propriedade Industrial, e outros dispositivos legais ou acordados, no que se aplica o abuso do poder econômico e a possibilidade de efetivação de Licença Compulsória para a produção de vacinas e outros itens necessários para atender a população brasileira;

VII - Garanta que os acordos internacionais de transferência de tecnologia na saúde, firmados pelo Ministério da Saúde, considerem todos os aspectos de boas práticas de pesquisa clínica, a fim de garantir a qualidade e segurança no uso de vacinas pela população brasileira” (grifei).

Como se vê, uma das principais recomendações da Presidência do Conselho Nacional de Saúde, além daquelas de caráter administrativo, sobretudo quanto à importância da celebração de parcerias com instituições especializadas, nacionais e estrangeiras, para a produção de vacinas, diz respeito à **necessidade de conferir-se a máxima publicidade a todas as ações que envolvam o enfrentamento da Covid-19** .

Esse aspecto, de fato, afigura-se absolutamente crucial, pois, sem a total transparência no tocante às ações do Governo Federal, os demais partícipes desse combate de vida e morte contra o novo coronavírus, sejam eles agentes públicos ou privados, incluindo-se aí a própria população,

caminharão totalmente às cegas, inviabilizando a imprescindível conjugação de esforços de todos para superar a pandemia.

Vale recordar, por oportuno, que o direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva. Nessa linha, o Ministro Alexandre de Moraes já assentou, com propriedade, que a transparência configura “um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, [...] garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade” (ADI 6.347-MC-Ref/DF).

Sim, porque, como afirmei em sede acadêmica, os postulados que os anglo-saxões denominam de *accountability* (obrigação de prestar contas) e *responsiveness* (encargo de atender às necessidades sociais) representam a base do próprio regime republicano - ao qual fiz referência acima -, que adotamos desde os idos de 1889. E completei: “Numa república os governantes, escolhidos pelo povo, são responsáveis diante dele pela gestão dos negócios públicos. Não exercem o poder por direito próprio, constituindo meros mandatários dos cidadãos”.

Marianna Montebello Willeman, estudando esses conceitos, com apoio na mais abalizada doutrina estrangeira, explica que a *accountability* apresenta duas dimensões: a *answerability* e o *enforcement*. A primeira identifica “a sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação”; já o segundo corresponde “à capacidade de as agências de *accountability* aplicarem sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos”. Aprofundando a temática, a autora assim complementa a sua explicação:

“Envolve, assim, o direito de exigir informações confiáveis e compreensíveis acerca de decisões adotadas na esfera pública e, também, o direito de receber explicações e o correspondente dever de autoridades públicas justificarem, a partir de válidas razões, suas condutas.

[...]

Com efeito, o fundamento que norteia a ideia de *accountability* é a **necessidade de se controlar o poder político, e não o objetivo de eliminá-lo e/ou de se substituir a ele**. Instituições de *accountability*

buscam limitar, disciplinar e restringir o exercício da autoridade política, prevenindo arbitrariedades e procurando assegurar que sua atuação ocorre de maneira alinhada a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Isso absolutamente **não significa determinar a forma ou o conteúdo de determinadas decisões políticas, tampouco eliminar graus de discricionariedade próprios de burocracias estatais**". (grifei).

Por aí já se vê que não merece acolhida a pretensão agasalhada na inicial da ADPF 754/DF de obrigar o Governo Federal a assinar protocolo de intenções para a aquisição de certa vacina, pois tal representaria indevida intromissão do Judiciário numa esfera privativa do Executivo, matizada pela discricionariedade, que, para Marçal Justen Filho, "se caracteriza pela atribuição do **dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto** , respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico". (grifei).

Com efeito, como alerta Hely Lopes Meirelles, ao Judiciário não é dado "**pronunciar-se sobre o mérito do ato administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato** , porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial" (grifei). Isso não significa, contudo, que o rompimento de um acordo com determinada instituição, por parte do Ministério da Saúde, para a compra de imunizantes, que porventura tenha gerado custos ou causado prejuízos, não possa ser submetido ao crivo da jurisdição ordinária para apuração de responsabilidades.

Já os pleitos no sentido de que o Governo Federal torne pública, dentro de determinado prazo, a sua estratégia de combate à pandemia, **contemplando a aquisição e distribuição universal de todas as vacinas disponíveis** no mercado interno e internacional, **comprovadamente eficazes e seguras** , para todos aqueles que delas necessitem ou queiram fazer uso para a imunização contra o novo coronavírus, comporta pleno acolhimento.

Tal pretensão encontra arrimo nos princípios da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública (art. 37, *caput* , da CF); no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (art. 5º, XXXIII, e 37, § 2º, II, da CF); na obrigação da União de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas" (art. 21, XVII, CF); e no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito

à vida (art. 5º, *caput*, da CF), traduzida por uma “existência digna” (art. 170, *caput*, da CF), e no direito à saúde, este último, repita-se, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 6º, *caput*, e 196, *caput*, da CF).

Observo, por derradeiro, que a fixação de prazo para que a Administração Pública dê publicidade a planos, com determinado conteúdo, para combater a Covid-19 não é novidade no âmbito desta Suprema Corte. Pouco tempo atrás, na assentada de 5/8/2020, o Plenário referendou a cautelar parcialmente deferida pelo Ministro Roberto Barroso, nos autos da ADPF 709-MC-Ref/DF, visando a proteção dos povos indígenas contra a doença, na qual se determinou à União, dentre outras obrigações, a “criação de *barreiras sanitárias*, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão”.

E, por entender que temas complexos e inusitados, a exemplo deste discutido nos presentes autos, podem “se protrair no tempo, demandando atenção, comprometimento e criatividade, inclusive à vista dos novos fatos que possivelmente ocorrem na execução de julgados envolvendo políticas públicas e que influenciam a sua execução”, concluo que nada impede que os prazos fixados pelo Judiciário se projetem para o futuro, de modo a garantir o cumprimento de suas decisões ao longo de um período mais dilatado. Registro, a propósito, que a Organização Mundial de Saúde prevê que a atual pandemia - caso se comporte de modo semelhante à “gripe espanhola”, a qual circulou por todo o planeta de 1918 a 1920 - poderá estender-se por quase dois anos até que seja debelada e, mesmo assim, a depender do desenvolvimento de vacinas adequadas e de uma cooperação global.

Em face do exposto, e tendo em vista, especialmente, os impactos positivos que as campanhas de vacinação têm no Brasil e no mundo, contribuindo para conservar a saúde e salvar vidas de milhões de pessoas e, ainda, para minorar os custos dos tratamentos médico-hospitalares, julgo parcialmente procedente as presentes ADPFs de maneira a determinar ao Governo Federal que: (i) no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão, apresente a esta Suprema Corte um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende

desenvolver para o enfrentamento da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros, de maneira a assegurar a oferta e distribuição tempestiva, universal e gratuita de vacinas, em qualidade e quantidade suficiente para a imunização de toda a população brasileira, segundo critérios técnicos e científicos pertinentes, assegurada a maior cobertura vacinal possível, no limite de suas capacidades operacionais e orçamentárias; (ii) atualize o plano em questão a cada 30 (trinta) dias, até o final do ano de 2021; e (iii) remeta o mencionado plano e respectivas atualizações periódicas ao Congresso Nacional para os fins de fiscalização e controle a que se referem os arts. 49, X, 70 e 71 da Constituição Federal, estes últimos mediante o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/12/2020