

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Por meio das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão nº 65 e 66, questiona-se a inércia do Presidente da República quanto ao implemento de providências visando o enfrentamento da crise sanitária ocasionada pelo novo coronavírus.

Ante a coincidência de objetos, procedo à análise simultânea dos processos, distribuídos por prevenção.

Compete ao Tribunal, na condição de guardião da Constituição Federal, zelar para que o documento básico não seja esvaziado por conduta omissiva dos agentes públicos, em especial daqueles de estatura maior, como é o caso dos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Na quadra vivida, encontra-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que caracterizou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas – na célebre classificação elaborada por Karl Loewenstein –, inobservadas, sem maior reserva ou constrangimento, pelos mandatários de turno.

Exatamente para evitar essa situação, e ciente dos percalços experimentados em passado não tão distante, o constituinte de 1988 procurou fornecer instrumentos processuais voltados à obtenção da efetividade social – para utilizar a expressão de José Afonso da Silva – das normas jurídicas presentes na Carta da República.

Mencione-se, com destaque, a teor dos artigos 102, cabeça e inciso I, alínea “a”, e 103, § 2º, da Constituição Federal, a figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tomada de empréstimo ao artigo 283 da Constituição portuguesa de 1976 – artigos 5º, inciso LXXI, e 103, § 2º.

A razão é singela: o constitucionalismo – entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao Estado e aos agentes públicos –, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que o guarda.

As irresignações veiculadas nas peças primeiras estão direcionadas a atos omissivos do Chefe do Executivo federal no tocante à condução da política de enfrentamento da pandemia covid-19, tendo em conta os

ditames constitucionais. Não estão em jogo pretensões voltadas ao implemento desta ou daquela política pública. Há relação de causa e efeito consideradas a conduta do Governo Federal e as garantias fundamentais, subsistindo campo para a atuação do Supremo.

Assento a adequação da via escolhida.

Não procede o articulado pelo Presidente da República e pela Advocacia-Geral da União relativamente à ausência de comprovação da inércia. Os processos são objetivos. Incumbe a este Tribunal, intérprete final da Constituição Federal, examinar se há, ou não, mora do Poder Executivo, levando em conta o figurino constitucional.

Verifica-se a pertinência dos pedidos. Nos termos do artigo 12-B, inciso I, da Lei nº 9.868/1999, a petição inicial indicará a omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou à adoção de providência de índole administrativa.

Em relação à ausência de questão constitucional, os postulados apontados como inobservados consubstanciam preceitos fundamentais, de estatura maior: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde e os princípios da Administração Pública e da ordem econômica – artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça, 6º, 37, cabeça, 170, incisos III, VI e IX, e 196 da Carta da República.

Rejeito as preliminares suscitadas pelo Presidente da República, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República.

O Direito sofre influência da realidade, à qual deve se ajustar e, a um só tempo, conformar, estabelecendo relação de reciprocidade, apesar de assimétrica, a depender da matéria e dos valores versados.

Informações do Ministério da Saúde dão conta de o País haver ultrapassado a marca de 17,9 milhões de casos e 501 mil mortes.

A situação é assustadora.

O cenário de emergência sanitária está na ordem do dia, cabendo a atuação, observada a reserva institucional. Em termos de direitos fundamentais, não pode haver tergiversações. O Tribunal tem envidado esforços à concretização, respeitados os limites de atuação.

O Pleno, ao apreciar o referendo na medida acauteladora na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341, da minha relatoria, conferiu interpretação conforme à Constituição ao § 9º do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, a versar providências de enfrentamento da pandemia. Assentou a atribuição do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre serviços públicos e atividades essenciais, sem prejuízo da atuação de Governadores e Prefeitos.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 6.343, da minha relatoria, o Partido Rede Sustentabilidade impugnou a Medida Provisória nº 926/2020, a versar a aquisição de bens, insumos e contratação de serviços. O Colegiado implementou, em parte, a tutela de urgência, concluindo pela atuação comum, na saúde, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo-lhes a adoção de providências restritivas, a partir de recomendação técnica e fundamentada, sem prejuízo da circulação de produtos e da prestação de serviços essenciais.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672, tendo por objeto atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal, considerada a gravidade da crise sanitária. Pretendeu o cumprimento do protocolo de isolamento social preconizado pela Organização Mundial da Saúde e o implemento de benefício emergencial a desempregados, trabalhadores autônomos e informais. O Supremo, ao apreciar o referendo na medida cautelar, julgou parcialmente procedente o pedido, consignando o papel central da União no planejamento e coordenação das iniciativas envolvendo saúde pública, resguardada a atuação, ante interesse local, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tudo voltado à redução do contágio, por meio de distanciamento ou isolamento social, inclusive com restrição à circulação de pessoas e às atividades educacionais, culturais e comerciais.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – Apib, o Partido Socialista Brasileiro – P-Sol, o Partido Comunista do Brasil – PCdoB, a Rede Sustentabilidade, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático do Brasil – PDT ajuizaram a arguição de nº 709, relator ministro Luís Roberto Barroso, questionando atos comissivos e omissivos do Governo Federal, levando em conta o enfrentamento da pandemia nas comunidades indígenas. Este Tribunal, ao apreciar a medida acauteladora, determinou: (i) a elaboração e monitoramento, no prazo de 30 dias, de plano de enfrentamento da pandemia covid-19 voltado à proteção dos povos indígenas, com a participação de representantes das comunidades e do

Conselho Nacional de Direitos Humanos; (ii) quanto aos grupos em isolamento ou de recente contato, a criação de barreiras sanitárias a impedirem o ingresso de terceiros nos territórios e a instalação de Sala de Situação, no prazo de 10 dias, para gestão das iniciativas relacionadas à crise; e, (iii) relativamente aos índios em geral, a inclusão, no plano de enfrentamento e monitoramento, de medida emergencial de contenção das invasões e isolamento, ou providência alternativa apta a evitar o contato, além da acessibilidade dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados, em terras homologadas ou não.

Na Sessão Virtual encerrada em 26 de fevereiro de 2021, o Colegiado Maior, ao apreciar o referendo na segunda tutela provisória na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 754, relator ministro Ricardo Lewandowski, impôs ao Governo Federal a divulgação, no prazo de 5 dias, considerados critérios técnico-científicos, da ordem de precedência entre os subgrupos incluídos na fase prioritária de imunização.

Julgou procedente, em parte, o pedido nas arguições de nº 690, 691 e 692, relator ministro Alexandre de Moraes, para determinar ao Ministério da Saúde a manutenção da divulgação diária dos dados epidemiológicos concernentes à pandemia, inclusive os números acumulados de ocorrências.

Ao apreciar o referendo na medida cautelar na arguição de nº 756, relator ministro Ricardo Lewandowski, assentou cumprir ao Governo Federal a apresentação de plano de ações e a adoção de providências visando a superação da crise sanitária em Manaus, suprimindo os estabelecimentos de saúde com cilindros de oxigênio e insumos médico-hospitalares.

No julgamento da arguição de nº 742, da minha relatoria, concluiu no sentido da elaboração e implementação, pela União, de plano voltado ao enfrentamento da pandemia, consideradas as peculiaridades das comunidades quilombolas, instituindo grupo de trabalho interdisciplinar e paritário e adotando protocolos a assegurarem a vacinação na fase prioritária; a inclusão, nos registros de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, sendo notificados os casos confirmados e dada ampla e periódica publicidade; a suspensão da tramitação de demandas judiciais envolvendo direitos territoriais, a exemplo de ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse e anulatórias de demarcação; e o restabelecimento de sítios eletrônicos direcionados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo-se a atualização e a acessibilidade.

A matéria é sensível. Ao Tribunal, à semelhança das demais cortes constitucionais, apenas cabe o papel de legislador negativo, devendo proceder com cautela. A delimitação do alcance da atuação pressupõe a fixação de premissas para o exame dos pedidos.

Os órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, considerada a democracia representativa, quanto às diretrizes que norteiam o Estado na condução de políticas públicas. Interpretação em sentido diverso esvaziaria importante espaço de diálogo entre os Poderes.

O raciocínio justifica-se quando levadas em conta as bases estruturais do Estado de Direito consagrado em 1988.

Democracia deve ser compreendida como o conjunto de instituições voltado a garantir, na medida do possível, igual participação política dos membros da comunidade. O adequado funcionamento pressupõe o controle, pela sociedade, das decisões públicas. Povo que não a exerce não se autogoverna.

A República encontra-se assentada no postulado da separação dos poderes, os quais devem, no relacionamento recíproco, agir com independência e harmonia, predicados cuja concretização implica a atuação de cada qual no campo previsto na Constituição Federal – artigo 2º. Cumprir ter presente a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

Essas preocupações guiaram os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, cuja Constituição, produzida em meio a intensos debates, foi chamada de Cidadã. Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, consideradas as palavras de Ulisses Guimarães.

O compromisso do Estado Constitucional e Democrático de Direito consta do artigo 1º: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E não se esqueça jamais: os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

Do artigo 3º nos vem, a partir dos objetivos fundamentais da República, luz suficiente ao agasalho de ação afirmativa pelo Poder Público: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional;

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A previsão sinaliza não atitude simplesmente estática, mas ativa. A postura há de ser, acima de tudo, de implemento de medidas voltadas a uma verdadeira união nacional.

Mais: a Constituição Federal contém princípios e normatiza regras essenciais, direitos positivos e negativos, de matizes liberal e social, individuais e coletivos, impondo ao Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa em bases livres e igualitárias. Visa a promoção dos direitos fundamentais. De acordo com o § 1º do artigo 5º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O respeito à pessoa humana impõe-se em qualquer circunstância. Tempos de crise – tão aguda quanto a quadra vivida – não retiram do homem a dignidade que lhe é inerente. O ser humano, para ser visto e tratado como tal, há de ser considerado na totalidade, porque sujeito de direitos.

Os princípios constitucionais revelam tríplice função: a informativa, presente o legislador ordinário; a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito. A Constituição prevê serviços públicos obrigatórios, sendo verdadeiro estatuto moral e jurídico de atuação, nos diferentes níveis, da Administração Pública direta e indireta.

O Estado, ante o figurino constitucional, deve realizar prestações positivas. Não basta abster-se em prol da autodeterminação do cidadão. Prevalece o sistema intervencionista quanto à satisfação das necessidades básicas. Nesse campo, o Judiciário, em diferentes instâncias, vem proferindo decisões a envolverem políticas públicas.

Os direitos sociais e econômicos implicam prestações positivas, voltadas à satisfação das necessidades básicas da coletividade. Tem-se, como fundamento último do dever estatal, o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão do mínimo existencial.

Nada obstante os preceitos fundamentais e incontáveis normas legais, a realidade mostra as mazelas brasileiras. Chega-se com pesar à conclusão de

haver ineficiência na prestação de serviços básicos, decorrente de omissões do Governo Federal, a resultar na violação de direitos fundamentais, com perpetuação e agravamento da situação.

O colapso do sistema de saúde provém da redução dos investimentos, do mau gerenciamento de recursos e bens, da falta de manutenção de hospitais e equipamentos, da não valorização dos profissionais. É hora de perceber que a Constituição Federal precisa ser observada tal como se contém. Respeitar os direitos implica proteger o cidadão de forma integral.

O empenho de forças e verbas públicas deve ser dirigido a proporcionar ao cidadão o acesso ao sistema básico de saúde, escola, segurança, moradia, trabalho e lazer, visando desenvolver capacidades e ser útil ao próximo, passando a contribuir para o progresso social.

A inoperância do texto constitucional é situação a ser combatida, ante o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo. Não é admissível transformar a Lei Maior em um sino sem badalo, na dicção do professor José Carlos Barbosa Moreira, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário.

Conforme ressaltado pelo ministro Celso de Mello no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, da qual foi Relator, deve-se buscar a concretude, a eficácia maior, das normas constitucionais, cabendo ao Supremo fazer prevalecer, no exercício irrenunciável da jurisdição, a supremacia da Constituição Federal. Com a propriedade decorrente da formação profissional e humanística possuída, Sua Excelência fez ver:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

[...]

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder

Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infringam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuem, em conseqüência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

A modificação da realidade, por mais grave, não se pode impor à força normativa e à rigidez do documento básico.

O direito à vida e à saúde atende a um bem maior do homem, a dignidade que lhe é própria, sendo esta epicentro da ordem jurídica – artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Segundo o modelo desenhado no artigo 196, cabe ao Estado prestar, prioritariamente, os serviços de saúde, de forma universal e igualitária. Com fundamento no preceito, foram proferidas decisões reconhecendo a obrigação estatal de fornecer a assistência à saúde, no que indispensável à conservação da vida:

Art. 196. A saúde é 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.

A leitura que o Supremo faz do dispositivo consiste em reconhecer dever constitucional de promoção de políticas públicas direcionadas à proteção integral da saúde dos indivíduos e da coletividade, imponível solidariamente aos três entes da Federação.

Eis o exteriorizado pelo ministro Celso de Mello, no exame do recurso extraordinário nº 273.834, da relatoria de Sua Excelência:

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.

A partir do preceito, o Supremo proclamou, no julgamento do agravo na suspensão de tutela antecipada nº 175, relator ministro Gilmar Mendes, o direito ao fornecimento de medicamentos e à prestação de saúde.

Não se fazem presentes posições subjetivas individuais. Questiona-se a suficiência de certa política pública do Estado brasileiro. O que cabe indagar é se as políticas públicas destinadas à proteção da saúde quanto aos perigos decorrentes da pandemia covid-19 são, à luz do artigo 196 da Lei Maior, suficientes e adequadas.

Em múltiplos pronunciamentos, fiz ver que o artigo 196 da Constituição Federal possui aplicabilidade imediata, urgindo atentar-se para o objetivo maior do Estado, ou seja, a promoção de medidas normativas e administrativas que proporcionem vida gregária segura e com o mínimo de conforto. Assim consignei no exame, sob a sistemática da repercussão geral – Tema nº 27 – do recurso extraordinário nº 567.985, de minha relatoria:

Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais.

No tocante à saúde, assentei, no julgamento do recurso extraordinário nº 566.471 – Tema nº 6 da repercussão maior –, da minha relatoria, iniciado na Sessão Virtual de 21 a 28 de agosto de 2020 e suspenso ante pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, o direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, considerada comprovação da imprescindibilidade, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da família, cumprindo, ao Poder Público, a adoção de políticas sociais e econômicas a implicarem a redução do risco de doença e de outros agravos, viabilizando o acesso universal e igualitário às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde:

Em controvérsias análogas, sempre mantive óptica linear: o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o

implemento do que previsto constitucionalmente (recurso extraordinário nº 195.192/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 22 de fevereiro de 2000).

Não tenho motivos para mudar o entendimento: defendo a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito à saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial.

[...] A afirmação constitucional dos direitos sociais mostra-se etapa das mais relevantes dessa caminhada dos direitos.

A positivação progressiva dos direitos fundamentais está associada à evolução do papel do Estado do Liberal ao Social, chegando ao Democrático frente aos indivíduos e à sociedade. Tem-se, atualmente, a busca de um modelo de organização político-constitucional no qual, em equilíbrio, a atuação do poder público, de um lado, deve ser contida em nome de liberdades essenciais do homem e, de outro, revela-se imprescindível para a satisfação de certas necessidades sociais. Antes, falava-se em direitos contra o Estado; hoje, além desses, em direitos por meio do Estado.

Ante a deficiência da prestação de serviços públicos de saúde no contexto da pandemia covid-19, impossibilitado o alcance do propósito delineado no texto constitucional, deve o Judiciário pronunciar-se, minimizando os riscos das incertezas, prestigiando valores caros aos cidadãos, sob pena de negar o acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

O sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes e comuns, entre os três entes da Federação, tal como estabelecido na Constituição de 1988 e tendo em vista a aplicação do princípio da predominância do interesse, é marcado pela complexidade, não sendo incomum chamar-se o Supremo a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos legislativos, especialmente, federais e estaduais.

A harmonia do sistema federativo encontra no Tribunal momento exegético importante, com destaque para os conflitos surgidos ante a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevista no artigo 23 da Carta da República, e o condomínio legislativo constante do artigo 24 nela contido – a competência da União para versar normas gerais sobre as matérias arroladas (§ 1º) e a concorrente dos Estados e do Distrito Federal visando, em caráter suplementar, assegurar a observância da realidade de cada unidade federativa (§ 2º).

A teor do inciso II do artigo 23, cabe a todos os entes da Federação cuidar da saúde e assistência públicas.

Nos termos do inciso XII do artigo 24, tem-se a competência concorrente da União e Estados no campo da proteção e defesa da saúde, cumprindo ao ente central a edição de normas gerais e diretrizes fundamentais e, aos locais, a disciplina suplementar, em face do estabelecido pelo Legislativo federal.

Deve o Supremo realizar interpretação harmonizante. Não pode, como “Tribunal da Federação”, potencializar conceitos e critérios de rateio de atribuições normativas de modo a ampliar as possíveis áreas de sobreposição e conflito legislativo e material, considerados os três níveis de governo. A interpretação há de ser estrita, única forma de assegurar, linearmente, os espaços de autonomia política de cada ente a ser exercida, de maneira coordenada, tendo em conta os interesses predominantes.

O Tribunal tem reiteradamente proclamado o papel central da União no planejamento e coordenação das iniciativas na área da saúde pública, observada a atuação, presente interesse local, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, objetivando a redução do contágio, mediante imposição de distanciamento ou isolamento social, inclusive com restrição à circulação de pessoas e às atividades de ensino, culturais e comerciais.

Eis a síntese do decidido na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672, relator ministro Alexandre de Moraes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos

os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados /Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente.

Ao Presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros.

Extrai-se do artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal, como objetivo fundamental da República, o desenvolvimento nacional. Tem-se o dever do Estado de implementar políticas públicas buscando a expansão do emprego e da renda.

É evidente que o desenvolvimento há de ser feito com resguardo à vida, à saúde pública e à dos trabalhadores. O crescimento econômico há de ser responsável e sustentável. Isso não significa dizer que as únicas políticas públicas legítimas são as formuladas com base em risco-zero. O são também aquelas que equilibram, de modo razoável, os impactos econômicos e sociais e os perigos decorrentes da concretização. É, então, de se indagar se houve equilíbrio nessa ponderação.

Da atuação do Chefe do Executivo sobressai a disseminação de inverdades relacionadas ao tratamento precoce da doença, com o incentivo à utilização de medicamentos sem eficácia cientificamente comprovada; a negação da gravidade da doença; a referência – em discursos e manifestações – à imunidade coletiva a ser alcançada mediante contágio; o estímulo ao descumprimento de medidas sanitárias, como o uso de máscara – inclusive por pessoa vacinada – e o distanciamento social; e a contraposição às ações dos Governadores e Prefeitos no tocante ao implemento de iniciativas voltadas à restrição da circulação e ao toque de recolher, sinalizada pela impugnação, em sede de controle concentrado, de decretos estaduais sobre a matéria – ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.764, da minha relatoria, e 6.855, relator ministro Luís Roberto Barroso.

Mediante informações – petições/STF nº 47.267/2021 e 52.608/2021 –, o Presidente da República aponta a adoção de múltiplas providências de natureza normativa e administrativa objetivando a proteção da economia, do emprego e a assistência social. Constata-se a edição, no âmbito da União, de leis, medidas provisórias, decretos, portarias e resoluções.

Os diplomas disciplinam o rol de atividades essenciais durante o estado de emergência; estratégias voltadas à proteção da saúde, da renda e do emprego e à restrição excepcional e temporária à circulação; a instituição de auxílio financeiro; ações direcionadas à preservação da vida e da saúde consideradas populações indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais e pescadores artesanais; política de fomento ao setor de atenção primária à saúde, inclusive visando parceria com a iniciativa privada para a construção e modernização de Unidades Básicas de Saúde dos Estados, Distrito Federal e Municípios; implementação de Programas Emergenciais de preservação do emprego e da renda, de acesso a crédito e de apoio a microempresas e a empresas de pequeno porte; a abertura de crédito extraordinário visando a transferência, aos entes federados, de recursos visando mitigar o impacto financeiro; a aprovação, temporária, do uso emergencial das vacinas produzidas por cinco farmacêuticas.

Verifica-se a implementação e a atualização do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19. Os dados disponibilizados no sítio eletrônico do Ministério da Saúde revelam aplicadas mais de 81.5 milhões de doses, havendo 59,1 milhões de pessoas imunizadas com a primeira dose e 22,4 milhões, considerada a segunda.

A dimensão objetiva do direito à saúde deve ser realizada por meio de políticas públicas e orçamentárias, a cargo do Legislativo e do Executivo, relativas à universalização e racionalidade das prestações estatais positivas.

Conforme a clássica lição do professor Ricardo Lobo Torres, tem-se direito inerente à condição humana digna. A observância do mínimo existencial assegura a existência sem intervenção do Estado na via tributária e a exigir prestações estatais positivas.

Os direitos sociais máximos, segundo o autor, hão de ser obtidos exercendo-se a cidadania reivindicatória e a prática orçamentária, a partir do processo democrático.

Ante a ameaça ao mínimo existencial, com violação da dignidade humana, os direitos sociais apresentam-se – tendo em conta os traços de fundamentalidade, inalienabilidade e essencialidade – como plenamente judicializáveis, merecedores de amplas garantias institucionais, independentemente de reservas orçamentárias.

Problema maior surge quando omissões ou falhas na execução do que foi formulado deságuam na impossibilidade de acesso a tratamento integral da saúde, indispensável à existência digna. Em síntese, a situação é potencializada se configurado desrespeito ao mínimo existencial, considerada a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde.

A época é de crise generalizada na República. A inércia do Governo Federal relativamente à formulação e implementação de políticas voltadas à concretização do direito à vida e à saúde é agravada considerados o negacionismo quanto à gravidade da doença, a recusa inicial em adquirir vacinas, a ensejar o atraso na compra, a reiterada e persistente omissão de autoridades públicas na observância de medidas envolvendo o uso de máscara e o distanciamento social, o incentivo à realização de aglomerações e a disseminação de inverdades relacionadas ao tratamento da doença.

Apesar do apelo democrático do tema, faltam vontade política e liberação massiva de recursos financeiros a fim de superar a crise. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, correndo iminente risco de colapso em razão da ignorância política ou do desprezo social.

Constata-se violação do mínimo existencial, exemplificado na demora em adquirir vacinas e no colapso dos sistemas sanitário e funerário no Estado do Amazonas.

Nada obstante o empenho, pelo Governo Federal, de forças e verbas públicas no âmbito da saúde pública e da economia, tem-se a denominada falha estatal estrutural. As atuais políticas públicas mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidade.

A interpretação constitucional levada a cabo quando verificada omissão incompatível com o ditame maior vem se mostrando especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal.

É tanto completa quanto complexa, tão fiel ao texto como criativa. Atento a tamanha amplitude de possibilidades hermenêuticas, este Tribunal tem estado à altura da tarefa a si confiada mediante a adoção de interpretação construtiva a revelar normas jurídicas implícitas aos marcos textuais da Constituição Federal, fornecendo nova carga semântica ao postulado da harmonia entre os poderes.

Em vez de proferir decisões distantes da realidade brasileira, o Tribunal constitucional deve investir em padrões mais afeitos à comunicação com a sociedade.

Se um grupo populacional for alcançado de modo desproporcional e injusto em razão de uma política majoritária, ao Poder Judiciário é permitido socorrer e remediar a situação. Nos casos de intervenção gravíssima em direitos fundamentais, é admissível exigir dos poderes políticos grau maior de certeza quanto às premissas empíricas adotadas.

A pandemia covid-19 revela questão constitucional de alta complexidade técnica, não jurídica, a afetar milhões de pessoas, e os resultados da decisão a ser tomada mostram-se imprevisíveis.

O Supremo atua incentivando a formulação e implementação de políticas públicas. Permanece reservado ao Legislativo e ao Executivo o

campo democrático e técnico das escolhas, inclusive orçamentárias, sobre a forma mais adequada à superação da crise, colocando a máquina estatal em movimento e cuidando da harmonia dessas ações.

Conforme fiz ver em diversas oportunidades ao longo de mais de quarenta e dois anos de judicatura em colegiado julgador, impõe-se, sobretudo em tempos de crise, o dever de guardar princípios e regras, garantir o respeito à Lei das leis, que é a Constituição Federal.

O preço pago por se viver em uma democracia não chega a ser exorbitante, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao que previsto no arcabouço normativo.

E o texto constitucional é de clareza meridiana. Em bom vernáculo está revelado, no artigo 103, § 2º, que, em se tratando de omissão de órgão administrativo, este Tribunal pode, não se substituindo à autoridade, impor o prazo de 30 dias para que atue.

Cumprasse assentar a inércia, que digo escancarada, do Governo Federal e determinar a instituição de comissão de gestão da crise, não sendo dado ao Supremo fazê-lo ou estabelecer as atribuições.

O Tribunal não é um elaborador de políticas públicas, mas funciona como coordenador institucional, produzindo efeito desbloqueador, considerada a omissão.

Julgo procedente, em parte, os pedidos formulados nas ações diretas de nº 65 e 66, declarando inconstitucional a demora do Executivo na adoção de medidas sanitárias e econômicas necessárias à contenção da pandemia e determinando a instituição, em 30 dias, de comissão de gestão da crise, integrada por representantes da União, das unidades federadas e da comunidade científica, visando a coordenação das ações e o implemento de providências, normativas e administrativas, voltadas à contenção da pandemia e à mitigação dos impactos econômicos.