

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem analisados os pleitos, num exame ainda perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que, por ora, apenas um deles merece ser contemplado.

Com efeito, numa postura dialógica, no dia 12/12/2020, foi juntado aos autos o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (documento eletrônico 44). Após, em 15/12/2020, o cronograma provável da vacinação foi incluído no processo (documento eletrônico 68). Mas não só. Por meio da Petição STF 106.360/2020 (documento eletrônico 49), a União Federal firmou o compromisso de encaminhar mensalmente as atualizações do referido plano, as quais, conforme constou do despacho proferido em 12/1/2021, devem contemplar, inclusive, o cronograma correspondente às distintas fases da imunização.

Pois bem. Consta da atualização do referido plano (2ª edição) a indicação dos grupos prioritários a serem vacinados e a estimativa de doses necessárias, tomando-se por base a “preservação do funcionamento dos serviços de saúde, proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolvimento de formas graves e óbitos, seguido da proteção dos indivíduos com maior risco de infecção e a preservação do funcionamento dos serviços essenciais” (pág. 22 do documento eletrônico 184 – ADPF 756 /DF).

Consoante quadro da estimativa populacional disponibilizado pela 2ª edição do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, este é o grupo prioritário e sua respectiva estimativa:

“Pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas 156.878
Pessoas com Deficiência Institucionalizadas 6.472
Povos indígenas Vivendo em Terras Indígenas 410.197
Trabalhadores de Saúde 6.649.307
Pessoas de 80 anos ou mais 4.441.046
Pessoas de 75 a 79 anos 3.614.384
Povos e Comunidades tradicionais Ribeirinha 286.833
Povos e Comunidades tradicionais Quilombola 1.133.106
Pessoas de 70 a 74 anos 5.408.657

Pessoas de 65 a 69 anos 7.349.241
Pessoas de 60 a 64 anos 9.383.724
Comorbidades 17.796.450
Pessoas com Deficiências Permanente Grave 7.744.445
Pessoas em Situação de Rua 66.963
População Privada de Liberdade 753.966
Funcionário do Sistema de Privação de Liberdade 108.949
Trabalhadores de Educação do Ensino Básico 2.707.200
Trabalhadores de Educação do Ensino Superior 719.818
Forças de Segurança e Salvamento 584.256
Forças Armadas 364.036
Trabalhadores de Transporte Coletivo Rodoviário de Passageiros
678.264
Trabalhadores de Transporte Metroviário e Ferroviário 73.504
Trabalhadores de Transporte Aéreo 64.299
Trabalhadores de Transporte de Aquaviário 41.515
Caminhoneiros 1.241.061
Trabalhadores Portuários 111.397
Trabalhadores Industriais 5.323.291
Total 77.219.259” (págs. 25-26 do documento eletrônico 184 –
ADPF 756/DF).

A requerente, com pertinência, alerta que “na primeira versão do plano de imunização, parecia haver a organização das populações de risco em fases de vacinação, organizadas de acordo com o grau de risco do coronavírus àquelas populações específicas” (pág. 4 do documento eletrônico 260), ao passo que “na atualização do referido plano, contudo, não há qualquer indicativo de fácil compreensão sobre a operacionalização da vacina em fases” (pág. 4 do documento eletrônico 260).

Como se vê, na 2ª edição estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.

Em razão dessa lacuna, não é difícil perceber que o Poder Judiciário passará a ser acionado cada vez mais, ensejando, assim, que sejam proferidas múltiplas decisões judiciais, em diversos Estados da federação, com a determinação de distintas subordens na fila de vacinação do grupo prioritário, o que provocará insegurança jurídica “acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente:

observância do princípio da subsidiariedade” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia).

O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.

Ao que parece, faltaram parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante da enorme demanda e da escassez de imunizantes, os quais estarão diante de escolhas trágicas a respeito de quais subgrupos de prioritários serão vacinados antes dos outros. Os noticiários têm dado conta de que não há uma racionalidade nessa primeira distribuição, insuficiente para todos os milhões de brasileiros com perfil de prioridade. Nesse sentido, o sítio eletrônico do jornal Folha de S. Paulo destacou que:

“Diante da escassez de vacinas contra Covid-19 nesta primeira etapa da imunização que começa nesta segunda (18), pesquisadores e dirigentes de entidades de saúde defendem que os profissionais da área que estão na linha de frente de enfrentamento da pandemia sejam priorizados, a exemplo do que ocorre em países que saíram à frente na vacinação

O Plano Nacional de Vacinação ainda não definiu, dentre os profissionais da saúde, quais serão os primeiros vacinados.

Na ausência de uma diretriz, estados e municípios têm adotado critérios próprios e aberto espaço para que várias categorias profissionais, dos professores de educação física aos tatuadores, peçam prioridade na fila da vacinação.”

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.

Nunca é demais repetir: 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).

Ademais, uma das principais medidas das autoridades sanitárias, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas, diz respeito à necessidade de conferir-se a máxima publicidade a todas as ações que envolvam o enfrentamento da Covid-19.

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).

Assim, ao que parece, a pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, 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).

Rememoro, ainda, que 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).

Passo, finalmente, a apreciar a pretensão agasalhada na petição incidental de determinar que o Ministério da Saúde faça a opção, dentro de 48 horas, pela aquisição do segundo lote de vacinas Coronavac, e o faço para indeferi-lo, 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”.

Ademais, é evidente que a referida pretensão encontra-se ultrapassada. Digo isso porque, instada a apresentar manifestação, a União, por meio do Advogado-Geral da União, juntou “aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021 (anexo), endereçado ao Sr. Diretor Presidente da Fundação Butantan, mediante o qual o Ministério da Saúde diligentemente manifestou sua opção contratual antecipada (em pelo menos três meses) de compra das 54 milhões de doses adicionais do imunizante pertinente” (pág. 1 do documento eletrônico 276).

Ainda, consignou o AGU que:

“É compromisso explícito e reiterado da União que não faltem vacinas no curto prazo e, se vier a ser verificada a inestimável fortuna de sobra de vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a eventual ocorrência de volumes excedentes de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.

Ademais, não se pode ignorar ou menosprezar o histórico presente e pretérito de rigorosa conduta de lealdade federativa da União em suas relações com os entes. Tanto é assim que a opção contratual em questão foi exercida, insista-se, com mais de três meses de antecedência aos termos contratuais. Por isso mesmo, situam-se no limiar do cordatamente esperado expressões como subterfúgios burocráticos” (págs. 1-2 do documento eletrônico 276).

Observo, também, que foi juntado aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021, subscrito pelo Secretário-Executivo

do Ministério da Saúde, no qual, em resposta ao Ofício 14/2021, de 21 de janeiro de 2021, assinado pelo Diretor Executivo da Fundação Butantan, dentre outras informações, constou o seguinte:

“[...] dando continuidade aos termos do Contrato nº 5/2021, cuja CLÁUSULA PRIMEIRA em seu Item 1.3 reserva ao Ministério da Saúde a exclusividade na aquisição de doses da vacina, e em seu Item 1.6 concede a opção de aquisição de mais 54 milhões de doses da vacina, **informo que este Ministério confirma a opção de compra dessas 54 milhões de doses adicionais. Dessa forma, essa Fundação pode iniciar as tratativas para aquisição dos insumos necessários à produção dessas doses adicionais.**

2. Com efeito, não podem faltar vacinas no curto prazo e, se viermos a ter a fortuna de sobrar vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a verificação de eventual excedente de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.

3. **Do exposto, solicito que seja encaminhado a este Ministério, até o dia 3 de fevereiro de 2021, o cronograma de entrega do referido quantitativo (54 milhões) de doses, para que possam ser concluídos os termos no novo contrato, a ser assinado até o dia 5 de fevereiro de 2021**

4. Solicito ainda que seja antecipado o processo de registro junto à Anvisa até o final de fevereiro de 2021 e informado a este Ministério, no intuito de, com essas doses adicionais, podermos dar início junto com todos os Estados e Municípios à vacinação em massa da população brasileira.

[..]” (pág. 1 do documento eletrônico 277; grifei).

Pelas mesmas razões, o segundo pedido - para que o Ministério da Saúde apresente nos autos o planejamento da destinação desse segundo lote -, não merece prosperar. Além disso, já foi ressaltado acima o compromisso da União de encaminhar mensalmente as atualizações do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, as quais, como já observado, deve contemplar o cronograma correspondente às distintas fases da imunização. Por entender que o pedido formulado estará contemplado nas atualizações as quais se comprometeu a União, entendo que não há nada a prover.

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, voto por referendar a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/02/2021 09:00