

VOTO

O Senhor Ministro André Mendonça: Trata-se de referendo à decisão cautelar proferida pelo e. Relator ao apreciar pedido de tutela provisória incidental, formulado pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, no bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 756, em face de ato do Ministro de Estado da Educação consubstanciado no Despacho de 29 de dezembro de 2021, que aprovou o Parecer 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU, consolidando entendimento quanto à impossibilidade das Instituições Federais de Ensino estabelecerem, por ato administrativo próprio, exigência de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades educacionais presenciais.

2. Eis o inteiro teor do ato impugnado:

DESPACHO DE 29 DE DEZEMBRO DE 2021

Nos termos do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Ministro de Estado da Educação aprova o Parecer nº 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU (3065063), da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, e consolida o seguinte entendimento:

(I) Não é possível às Instituições Federais de Ensino o estabelecimento de exigência de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades educacionais presenciais, competindo-lhes a implementação dos protocolos sanitários e a observância das diretrizes estabelecidas pela Resolução CNE/CP nº 2, de 5 de agosto de 2021.

(II) A exigência de comprovação de vacinação como meio indireto à indução da vacinação compulsória somente pode ser estabelecida por meio de lei, consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF nas ADI nº 6.586 e ADI nº 6.587.

(III) No caso das Universidades e dos Institutos Federais, por se tratar de entidades integrantes da Administração Pública Federal, a exigência somente pode ser estabelecida mediante lei federal, tendo em vista se tratar de questão atinente ao funcionamento e à organização administrativa de tais instituições, de competência legislativa da União.

3. Na decisão ora submetida a referendo, o e. Relator compreendeu que o aludido Despacho “ *além de contrariar as evidências científicas e análises estratégicas em saúde ao desestimular a vacinação, ainda sustenta a*

exigência de lei federal em sentido estrito para que as instituições pudessem estabelecer tal restrição, quando já existe a Lei 13.979/2020” .

4. Pontuou que “ *ao subtrair da autonomia gerencial, administrativa e patrimonial das instituições de ensino a atribuição de exigir comprovação de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades educacionais presenciais, o ato impugnado contraria o disposto nos arts. 6º e 205 a 214 da Constituição Federal, como também cerceia a autonomia universitária, colocando em risco os ideais que regem o ensino em nosso País e em outras nações pautadas pelos cânones da democracia” .*

5. Após ampla análise da interpretação desta Corte em relação aos contornos e alcance do princípio da autonomia universitária, conclui que “ *As instituições de ensino têm, portanto, autoridade para exercer a autonomia universitária e podem legitimamente exigir a comprovação de vacinação, com fulcro no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020”*, rememorando, por fim, que este Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a exigência de comprovação de vacinação para exercício de determinados direitos no bojo das ADIs 6.586 e 6.587, ambas da Relatoria de Sua Excelência.

6. Feito esse breve apanhado introdutório, passo ao exame do referendo da medida cautelar.

II – Preliminarmente

II.1 – Da ofensa reflexa à Constituição. Ato impugnado desprovido de coeficiente de normatividade suficiente para qualificá-lo como de caráter essencialmente primário ou autônomo

7. De acordo com a pacífica jurisprudência deste Excelso Pretório, a via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é reservada aos atos normativos primários, ou seja, que retiram sua força normativa diretamente do Texto Constitucional.

8. Com base nesse entendimento, em se verificando que determinado ato do Poder Público, ainda que dotado de generalidade e abstração, possui

substrato de validade em outro ato normativo infraconstitucional – tais como a lei ordinária, a lei complementar, o decreto (autônomo ou regulamentar) – o caráter secundário da norma ensejaria, *prima facie*, a instauração de típico controle de legalidade, tendo como paradigma precisamente a norma – ou o complexo normativo – que lhe dá suporte primário.

9. De fato, o controle de legalidade é prejudicial ao escrutínio superior acerca da constitucionalidade dos atos de normatividade secundária, uma vez que: **i)** se em desconformidade com o ato normativo primário que lhe dá arrimo, o ato secundário é ilegal (*não havendo necessidade em perscrutar sua constitucionalidade*); **ii)** de outro bordo, se em consonância com a norma que lhe emprega validade jurídica, eventual inconstitucionalidade afetaria especificamente esta norma primária e, apenas por consequência lógica, aquelas com base nela editadas (*não havendo utilidade, nem adequação, no combate isolado aos normativos reflexos*).

10. Acerca do tema, peço vênia para trazer à colação manifestação doutrinária do Ministro ROBERTO BARROSO, recorrentemente utilizada no âmbito desta Corte para nortear a apreciação da matéria:

*“ Atos normativos secundários. **Atos administrativos normativos** – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – **não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei** . Desse modo, **não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição** . Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (I) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) **ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação** .” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181 – grifos nossos).*

11. No caso em análise, o pedido de tutela provisória incidental busca promover o controle de constitucionalidade em abstrato do **despacho do Ministro de Estado da Educação, de 29 de dezembro de 2021, que aprovou o Parecer 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU** .

12. Como se pode verificar a partir da sua transcrição literal acima, o referido ato normativo foi editado “ *nos termos do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*” . Portanto, de acordo com a diretriz jurisprudencial desta Excelsa Corte, não se trata de ato normativo primário.

13. Nesse sentido, diante da integral similitude com o caso em apreço, valendo-me ainda da contemporaneidade do aresto, cito, dentre outros precedentes, a **ADI 4.012/DF, Rel. Ministra ROSA WEBER, julgada em 30/06 /2020** .

14. Naquela assentada, **tal como no presente caso , atacava-se *in abstracto* despacho de Ministro de Estado que aprovou parecer exarado pela respectiva Consultoria Jurídica, nos termos do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993** .

15. Trilhando o raciocínio já sedimentado por este Supremo Tribunal Federal, na mesma direção aqui proposta, assim decidiu a ilustre Ministra Relatora:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. PARECER CONJUR/MPS Nº10/2008, aprovado pelo Ministro de Estado da Previdência Social, a dispor sobre o enquadramento do posseiro ocupante de margens e rodovias como segurado especial. Ato impugnado de caráter meramente regulamentar, a inviabilizar a instauração do procedimento jurisdicional de fiscalização *in abstracto* de constitucionalidade. Não conhecimento do pedido. Seguimento negado.

(...)

Da leitura do dispositivo transcrito, nota-se seu caráter meramente **regulamentar** , visto que objetiva emitir orientações para sanar controvérsia quanto à possibilidade de se considerar o título de propriedade como condição para enquadramento do trabalhador rural como segurado especial, mediante autorização do **artigo 309 do Regulamento da Previdência Social** , *in verbis* :

(...)

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal não admite a instauração do procedimento jurisdicional de fiscalização *in abstracto* de constitucionalidade quando o ato normativo objeto da impugnação carece de coeficiente de normatividade suficiente para qualificá-lo

como **ato normativo de caráter essencialmente primário ou autônomo**

Firme o entendimento de que eventual vício de inconstitucionalidade que resulte, materialmente, da lei que confere suporte jurídico ao ato normativo infralegal questionado expõe não este, mas somente aquela, se for o caso, à tutela jurisdicional objetiva. É que, em tal hipótese, *eventual conflito hierárquico-normativo com a Constituição, se houver, resultará, pois, de vícios a serem identificados no próprio ato legislativo. Só por repercussão, vale dizer, por via indireta, reflexa ou oblíqua é que se poderá vislumbrar, no regulamento em questão, possível eiva de inconstitucionalidade. Esta, contudo, acaso configurada, certamente não resultará, originariamente, do próprio ato regulamentar* (ADI 996/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 06.5.1994).

Daí resulta que o desrespeito apenas à lei não se mostra hábil a fundamentar senão **indiretamente**, como desdobramento ulterior, juízo de inconstitucionalidade sobre ato normativo a ela hierarquicamente subordinado, situando-se a controvérsia jurídica, em tal hipótese, no campo da **legalidade/ilegalidade**. Assentado, também, que a *inconstitucionalidade que autoriza o exercício do controle concentrado é apenas aquela decorrente da incompatibilidade frontal e direta com o Texto Maior* (**ADI 996/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 06.5.1994**).

Nessa linha, *evidente o descabimento da ação direta quando a pretendida inconstitucionalidade do ato regulamentar, que é meramente ancilar e secundário, representa uma derivação e um efeito consequencial de eventual ilegitimidade constitucional da própria lei em sua condição jurídica de ato normativo primário e principal* (**ADI 996/DF** , Relator Ministro Celso de Mello, DJ 06.5.1994).

(grifos no original)

16. Além da ADI 996/DF Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 06.5.1994, citada por Sua Excelência naquela assentada, na qual, repita-se, apreciado ato administrativo de idêntica natureza daquele objeto do presente pedido de tutela incidental, podemos citar o quanto decidido na ADI 5495-AgR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 04.6.2019; na ADI 6111-AgR, Rel. Ministro EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 17.5.2019; na ADI 5086, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 23-08-2021; além dos seguintes julgados:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA 186/2008, DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. AUSÊNCIA DE

DENSIDADE NORMATIVA . DESCABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O ato impugnado não detém densidade normativa, não inovando no tratamento do princípio constitucional da unicidade sindical ou no estabelecimento de direitos ou deveres não previstos originariamente na Consolidação das Leis do Trabalho. 2. **A Ação Direita de Inconstitucionalidade não é meio processual idôneo para afirmar a validade constitucional de ato normativo não dotado de normatividade primária .** 3. Agravo regimental desprovido. (ADI 4120 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC 19-10-2018 – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE ABSTRATO DE ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DA LEI NA QUAL SE FUNDAMENTA O ATO REGULAMENTADOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de não se admitir o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo secundário por ser necessário o exame da lei na qual aquele se fundamenta, não impugnada na presente ação” (ADI nº 6.117/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/10/20 - grifei).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO – CARÁTER REGULAMENTADOR – INADEQUAÇÃO. O controle normativo abstrato pressupõe o descompasso entre norma legal e o texto da Constituição Federal, revelando-se inadequado no caso de ato regulamentador, sob pena de ter-se o exame, em sede concentrada, de conflito de legalidade considerado o parâmetro envolvido. (ADI 5593 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/12 /2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019 – grifei)

17. Ante o exposto, com a devida vênia à compreensão em sentido diverso, evidenciado o caráter meramente reflexo da potencial ofensa ao Texto Constitucional, não conheço do pedido de tutela incidental à presente arguição.

II – Do exame dos pressupostos da medida cautelar

18. Vencido na questão preliminar, renovando as vênias ao e. Relator, dirirjo de Sua Excelência por compreender que o caso é de deferimento apenas parcial da tutela provisória incidental pleiteada .

19. De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Por sua vez, a tutela provisória de urgência pode ter natureza cautelar ou antecipada, e ser veiculada em caráter incidental ou antecedente (CPC, art. 294, *caput*, e p. único).

20. Ainda de acordo com a norma processual em vigor, a tutela de urgência deve ser concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito – *fumus boni iuris* – e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora* – (CPC, art. 300, *caput*).

21. No presente caso, não verifico a presença da probabilidade do direito invocado em relação à integralidade do objeto vergastado.

22. Para melhor análise da questão, peço licença para reproduzir novamente os entendimentos consolidados pelo despacho sob invectiva:

(I) ***Não é possível às Instituições Federais de Ensino o estabelecimento de exigência de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades educacionais presenciais***, competindo-lhes a implementação dos protocolos sanitários e a observância das diretrizes estabelecidas pela Resolução CNE/CP nº 2, de 5 de agosto de 2021.

(II) ***A exigência de comprovação de vacinação como meio indireto à indução da vacinação compulsória somente pode ser estabelecida por meio de lei***, consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF nas ADI nº 6.586 e ADI nº 6.587.

(III) ***No caso das Universidades e dos Institutos Federais, por se tratar de entidades integrantes da Administração Pública Federal, a exigência somente pode ser estabelecida mediante lei federal***, tendo em vista se tratar de questão atinente ao funcionamento e à organização administrativa de tais instituições, de competência legislativa da União.

(destaquei)

23. Em síntese, escorado no Parecer 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU, o despacho do Ministro de Estado da Educação consolidou entendimento no âmbito da respectiva pasta – englobando, portanto, as

entidades a ela vinculadas – que conclui **(i)** não ser possível às IFEs condicionar o retorno presencial das suas atividades educacionais à exigência de vacinação contra a Covid-19; **(ii)** uma vez que tal exigência somente poderia ser feita por lei em sentido estrito; e **(iii)** no caso das referidas instituições, a referida lei somente poderia ser editada pelo legislador federal.

24. Diversamente da compreensão do e. Relator, entendendo adequada a assertiva firmada no item **(i)** do ato impugnado, não vislumbrando plausibilidade jurídica apta a ensejar o referendo da medida cautelar em relação ao ponto. Já quanto aos itens **(ii)** e **(iii)** do Despacho inquinado, acompanho Vossa Excelência.

25. Principiando pela análise da parte convergente, de fato, tal como asseverado pelo e. Relator, já existe lei em sentido estrito chancelando a possibilidade de “ *determinação de realização compulsória de*” (...) “ *vacinação e outras medidas profiláticas*” , dentre outros mecanismos para combate à pandemia, tais como o “ *isolamento*” e a “ *quarentena*” . Portanto, a rigor, a condicionante estabelecida pelo item **(ii)** do Despacho ora escrutinado já foi satisfeita, carecendo de utilidade prática.

26. Da mesma forma, tratando-se da Lei nº 13.979/2020, editada pelo Congresso Nacional, igualmente desprovida de utilidade a condicionante inserta no item **(iii)** do ato impugnado, pois se trata de lei federal.

27. Todavia, no que pertine ao item **(i)** , a partir das balizas estabelecidas pela referida legislação, cujos contornos já foram objeto de esclarecimento por este Supremo Tribunal Federal (especialmente no bojo da APDF 672 ADI 6.341), a meu sentir, não se afigura possível às Instituições Federais de Ensino exigirem, por ato administrativo próprio, a comprovação de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das suas atividades educacionais presenciais.

28. O ponto central da divergência decorre de interpretação diversa daquela alcança pelo e. Relator quanto ao alcance subjetivo da expressão “ **autoridades**” , para os fins do *caput* , inciso III, alínea “ *d*” , todos do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, a partir dos referidos precedentes desta Suprema Corte em relação à matéria.

29. Como se verifica do voto de Sua Excelência, depois de ampla análise da interpretação desta Corte em relação aos contornos e alcance do princípio da autonomia universitária, o e. Relator fincou premissa segundo a qual “ *As instituições de ensino têm, portanto, autoridade para exercer a autonomia universitária e podem legitimamente exigir a comprovação de vacinação, com fulcro no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020*”.

30. Nada obstante, sem desconsiderar a superlativa importância do princípio constitucional da autonomia universitária – que não está adstrito apenas às atividades finalísticas da instituição, mas engloba também, sob viés instrumental, as dimensões financeira e administrativa –, não se pode olvidar o quanto decidido por este Excelso Pretório no âmbito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672, quando assentou a **competência administrativa material comum** e a **competência legislativa concorrente** dos **entes políticos** para a adoção das medidas previstas pela Lei nº 13.979/2020 no enfrentamento à pandemia do Coronavírus. *In verbis* :

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 complementar 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.

(ADPF 672 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020) – grifei.

31. Como se verifica da leitura da ementa do referido precedente, ao interpretar a Lei nº 13.979/2020 à luz da Constituição Federal, deu-se especial realce ao pacto federativo como vetor normativo, enfatizando-se a necessidade de uma atuação harmônica e coordenada entre todos os **entes políticos**, competindo ao Poder Executivo federal “o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública”.

32. Cabe, portanto, analisar o teor do art. 3º, III, *d*, da multicitada Lei a partir dessa compreensão. Diz o texto normativo:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as **autoridades** poderão adotar, **no âmbito de suas competências**, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

III - determinação de realização compulsória de:

(...)

d) vacinação e outras medidas profiláticas; (grifei)

33. Sob esse enfoque, numa ótica federalista, há que se considerar como “ **autoridade**” apta a adotar as medidas previstas no rol do art. 3º, os gestores públicos representantes dos entes políticos “ **no âmbito de suas competências**”.

34. Aponta nessa direção a análise dos parágrafos do aludido art. 3º, destacando-se o §7º, ao pontuar que:

§7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas :

I – pelo Ministério da Saúde, exceto a constante do inciso VIII do caput deste artigo;

II – pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, III-A, V e VI do caput deste artigo;

III - **pelos gestores locais de saúde**, nas hipóteses dos **incisos III**, IV e VII do caput deste artigo.

IV – pela Anvisa, na hipótese do inciso VIII do caput deste artigo. (grifei)

35. Em consonância com a diretriz estabelecida pelo §1º do mesmo artigo (*§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública*), promove-se a centralização da tomada de decisão sobre a adoção de determinada medida emergencial na figura do gestor tecnicamente responsável pela pasta temática integrante do ente político respectivo.

36. Assim, por exemplo, se determinada Prefeitura condicionar o retorno às atividades educacionais de modo presencial à comprovação de

vacinação contra a Covid-19, as universidades federais – *tal como as demais repartições públicas federais correlatas* – não poderão dispor de modo diverso, deixando de exigir o cumprimento da medida, com base na autonomia universitária.

37. Com as devidas vênias ao posicionamento em contrário, o adequado enfrentamento da questão perpassa pela incidência do quanto decidido por esta Excelsa Corte não apenas na ADPF 672, como também na ADI 6.341, quando assentou que *"o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas **autoridades políticas**"*. Confira-se:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas

competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURELIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020)

38. Com base em tais razões, acompanho parcialmente Sua Excelência, o e. Relator, para referendar a medida cautelar em menor extensão, determinando a suspensão apenas dos itens **(ii)** e **(iii)** do Despacho de 29 de dezembro de 2021 do Ministério da Educação, que aprovou o Parecer 01169 /2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU.

III – Dispositivo

39. Ante o exposto, **não conheço do pedido de tutela provisória incidental** deduzido na presente arguição e, **no mérito, voto no sentido de referendar parcialmente a medida cautelar**, para suspender apenas os entendimentos consolidados nos itens (ii) e (iii) do Despacho de 29 de dezembro de 2021, do Ministro de Estado da Educação, que aprovou o Parecer nº 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU/AGU.

É como voto .

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/02/2022