

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de pedido de tutela provisória trazido pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB:

[...] contra a medida inconstitucional adotada pelo Ministério da Educação, que, por meio do Despacho de 29 de dezembro de 2021, aprovou o Parecer 01169/2021/CONJURMEC/CGU/AGU e proibiu a exigência de comprovante de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades presenciais no âmbito das Instituições Federais de Ensino.

O ato impugnado é no seguinte sentido:

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.

O autor requer, ao final, o deferimento da tutela de urgência, com a “imediata suspensão do Despacho de 29 de dezembro de 2021 do Ministério da Educação, que aprovou o Parecer n. 01169/2021/CONJUR-MEC/CGU

/AGU e proibiu a exigência de comprovante de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades presenciais no âmbito das Instituições Federais de Ensino.”

O Relator, Min. Ricardo Lewandowski, por decisão de 31.12.2021, deferiu em parte a cautelar, *ad referendum* do Plenário desta Corte, “para determinar a imediata suspensão do despacho de 29 de dezembro de 2021 do Ministério da Educação, que aprovou o Parecer 01169/2021/CONJURMEC/CGU/AGU, proibindo a exigência de vacinação contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades acadêmicas presenciais”.

É o relatório do essencial; adotado, no mais, o quanto elaborado por S. Exa., o Relator.

Acompanho o Relator, com as ressalvas a seguir.

O cerne da controvérsia reside em saber se é possível, ou não, a suspensão da proibição de exigência do certificado de vacinação para ingresso nas universidades federais.

Relembro que, conforme meu voto no oitavo pedido de tutela provisória nesta ADPF, ao interpretar a Constituição Federal, na ADI n. 6.341-MC, esta Corte reconheceu de forma expressa a competência concorrente dos Governos Federal, Estaduais e (suplementar) dos Municípios para adotar medidas restritivas em relação ao combate à pandemia da COVID-19. Nesse mesmo contexto, o Supremo, na ADPF 672-MCRed/DF, com voto do Relator, Min. Alexandre de Moraes, julgou no sentido de que a competência da União para legislar sobre vigilância epidemiológica - lastro para elaboração da Lei n. 13.979/2020 - não afastou a competência dos demais entes federados para implementarem ações no campo da saúde.

Ainda na ADI n. 6.362/DF, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, a Corte também definiu que a Constituição Federal outorgou aos entes da federação competência comum para cuidar da saúde, inclusive com a adoção de medidas necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela doença. Desse modo, ratificou a

possibilidade de que entes regionais e locais possuem o poder-dever de adotar as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária.

Posteriormente, por sessão plenária de 08.04.2021, cuja Ata foi aprovada em 14.04.2021, esta Suprema Corte, por maioria de votos, novamente referendou tal posicionamento e reconheceu que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que permitem a abertura ou determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da COVID-19. Assim, julgou o pedido improcedente na ADPF n. 811 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.04.2021).

Tais precedentes apontam a jurisprudência desta Suprema Corte, que reconheceu, assim, a competência concorrente dos Estados e suplementar dos Municípios para adotarem diversas medidas acerca do combate à pandemia (ADI 6.341-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin; ADPF 672-MCRed/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI n. 6.362/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e ADPF n. 811, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Portanto, na medida em que essa competência concorrente dos Estados e Municípios foi reconhecida, na mesma lógica de raciocínio, **entendo que ela também deveria ser reconhecida na formulação e execução de políticas públicas na área da saúde (por exemplo, quanto à suplementação ou não da 3ª dose de vacinação ou mesmo a questão do caso concreto: vacinação para adolescentes entre 12 e 17 anos fora das hipóteses de risco), competindo a esta Corte, portanto, respeitar a política pública eleita pela Administração Pública, mormente porque não houve omissão do ente público, evitando-se, assim, indevida ingerência no Executivo, em descompasso com a independência harmônica (*checks and balances*) entre os três Poderes.**

Nesse contexto, esta Corte reconheceu a competência primeira do Legislativo e do Executivo para adoção de tais políticas públicas, inclusive com o reconhecimento de que governos estaduais e municipais possuem ampla competência no combate à pandemia.

Neste décimo segundo pedido de tutela provisória incidental, o pedido do Autor caminha no sentido de se suspender a eficácia de despacho de

29.12.2021 do Ministério da Educação, que aprovou o Parecer n. 01169/2021 /CONJUR-MEC/CGU/AGU e proibiu a exigência de comprovante de vacinação “contra a Covid-19 como condicionante ao retorno das atividades presenciais no âmbito das Instituições Federais de Ensino”.

O Parecer n. 01169/2021, mencionado no despacho do Ministério da Educação, reporta-se à jurisprudência desta Suprema Corte, estando motivado em que não há lei que determine tal exigência de forma direta.

Ressalto que há características peculiares a este caso. No caso, o voto do eminente Relator está fundamentado na autonomia universitária, de modo que caminha no sentido da suspensão da proibição de exigência do certificado.

Relembro que, conquanto não haja estudos definitivos, há evidências atuais e diversos relatos trazidos diariamente em artigos no sentido de que mesmo pessoas com o ciclo completo de vacinação tem se contaminado com o vírus. Nesse sentido, faço a seguinte indagação: na medida em que mesmo uma pessoa vacinada, de posse do certificado, pode contrair – e, portanto, transmitir – o vírus, qual será, ao longo do tempo, a real eficácia do certificado de vacinação?

Feita tal ponderação, reconheço que, se, de um lado, estas novas evidências não sejam ainda suficientes para demonstrar um consenso científico, de outro, tenho que recomendar, ao menos, uma constante reanálise dessa complexa questão, sempre à luz de novas descobertas.

Em outras palavras, na medida em que os entendimentos científicos sobre o tema têm se modificado em pouquíssimo tempo, em um cenário de alta volatilidade e mutabilidade, é imperioso que esta Corte também mantenha constante atenção a tais evoluções, evitando-se que a jurisprudência firmada se mantenha imune a tais pontos.

Pondero, também, que o público universitário que ingressará nas universidades federais, presume-se, será de, no mínimo, 17 anos de idade, faixa etária que majoritariamente já está vacinada, e que, muitas vezes, as universidades federais têm optado por aulas no modo remoto, como forma de prevenção ao contágio do vírus.

Ainda, reitero o relevante papel do **Governo Federal, que, por meio do Ministério da Saúde, formulou e tem implementado o Plano Nacional de Imunização (PNI)**. Como ponderei acerca do oitavo pedido de tutela provisória nesta ADPF:

Ressalto, ainda, que a constante atualização científica é realidade frequente na área médica, mormente em tema tão novo e complexo quanto à pandemia da COVID-19, sendo prematuro presumir que todo o conhecimento científico esteja pronto. Ao contrário, diariamente, novas pesquisas apontam não só benefícios como também os riscos na adoção ou não de determinada vacina. Daí, em que pese o elevado respeito ao Relator, não se alinha à melhor prudência que uma orientação mais nova, mais recente, motivada em amplo estudo científico e médico, seja afastada, tornando válida outra orientação mais antiga, ainda que tenha sido respaldada por outros órgãos ou entidades, pois o órgão máximo na formulação da política pública no tema é o Ministério da Saúde.

É dizer, a escolha das medidas diferenciadas, os contextos que devem ser considerados, a modulação das distinções compensatórias, tudo isso é assunto próprio da formulação de políticas públicas e depende da coleta e processamento de um conjunto vastíssimo de dados e informações. Daí, adentrar-se nessa seara, sem informações logísticas constantemente atualizadas para determinar os comandos específicos requeridos, sem corpo técnico altamente qualificado, ressoante-se da cautela que deve permear a atuação do Judiciário.

Por fim, ressalto que a liminar, tal qual deferida pelo Relator, é no sentido apenas de se suspender a eficácia do ato administrativo que proibiu, em caráter genérico, a exigência de comprovação do certificado vacinal.

Isto não impede, porém, que as universidades federais, dentro de sua respectiva autonomia, concluam pelas medidas que lhes forem mais adequadas, aí se considerando, inclusive, atuais e futuras descobertas científicas.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, de forma a referendar a medida cautelar concedida por S. Exa., com as ponderações acima.

É como voto .

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