

VOTO REVISOR

Pedi vista deste processo, na sessão plenária do último dia 14 de abril, pela importância do assunto nele tratado, por ser a primeira oportunidade em que ele é submetido ao Plenário desde minha posse nesta Casa em 31/12/2020 e por dúvidas acerca dos encaminhamentos sugeridos pela SecexSaúde.

2. Quero reconhecer, desde logo, categórica e enfaticamente, o competente, técnico e oportuno trabalho que vem sendo conduzido sob a presidência do Relator, Ministro Benjamin Zymler, na fiscalização das ações executadas pelo Ministério da Saúde para o enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus.

3. O acompanhamento objeto do presente processo constitui o trabalho mais amplo que o TCU está promovendo na fiscalização das ações governamentais relativas à crise gerada pela Covid-19. Trata-se de um diagnóstico atual e muito rico em informações, mérito que atribuo à SecexSaúde.

4. Veja-se que não são poucas as iniciativas do Tribunal nessa seara. Lembro, a propósito, a feliz ideia da criação pelo ex-Presidente, Ministro José Mucio Monteiro, do programa especial de atuação do TCU no enfrentamento à crise da Covid-19, denominado “Coopera”. Apenas para dar a dimensão do trabalho que está sendo feito pelo TCU, o painel informativo do Coopera registrava, na última sexta-feira, dia 30/07, a existência de 305 processos relacionados ao enfrentamento da Covid-19 em tramitação no Tribunal.

5. O foco do presente processo é a avaliação da estrutura de governança de que dispõe o Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como a análise dos atos praticados pelos seus gestores, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade.

6. Já foram examinados pelo Plenário, nestes autos, quatro relatórios parciais, que trataram de assuntos diversos, tais como os aspectos orçamentários e financeiros envolvidos, as transferências de recursos para os entes subnacionais, as contratações realizadas, a estrutura organizacional montada para enfrentar a crise, o Programa Nacional de Imunização, a testagem dos casos suspeitos, a encomenda tecnológica para produção da vacina nacional e o planejamento, a comunicação e a transparência das ações empreendidas (Acórdãos 1.335/2020, 1.888/2020, 2.817/2020 e 4.049/2020).

7. Como decorrência dessas deliberações, proferidas em um período inferior a sete meses (de 27/05 a 08/12 de 2020), foram dirigidas 14 determinações e 9 recomendações somente para o Ministério da Saúde, o que demonstra o foco e a tempestividade da atuação do TCU sobre tema tão sensível.

8. Este quinto relatório, que está atualizado até 15/03/2021, aborda, fundamentalmente, os aspectos orçamentários e financeiros relacionados ao enfrentamento da pandemia, o panorama das aquisições de bens e serviços, o Plano de Contingência Nacional para a Infecção Humana para o Novo Coronavírus, os planos estratégicos de comunicação e de gestão e assistência farmacêutica e a política de testagem. Também faz um balanço do primeiro ano de pandemia, e monitora as determinações e recomendações formuladas nos acórdãos retromencionados.

9. Em minha compreensão, há uma questão, subjacente a todos os aspectos relacionados neste processo, que deve impactar decisivamente a análise dos achados resultantes das ações do TCU, bem como do encaminhamento das respectivas providências corretivas. Refiro-me à distribuição de responsabilidades para enfrentamento da pandemia entre a União, os Estados e os Municípios.

10. Essa discussão é, de fato, relevante, pois, no ordenamento jurídico pátrio, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, tal como estipulado na Constituição Federal.

11. O art. 198 da Carta Magna estabelece que os serviços públicos de saúde constituem um sistema único, com as seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da

comunidade. Prevê seu parágrafo único a existência de um Sistema Único de Saúde, a ser financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

12. Ao Sistema Único de Saúde compete, como previsto no art. 200 da Constituição Federal:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

13. Em atenção a essa exigência constitucional, apenas na esfera federal foi editada uma miríade de atos normativos, a começar pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), seguida por outras leis e por dispositivos legais esparsos, decretos, portarias e resoluções. A isso se acrescem todas as legítimas produções legislativas estaduais e municipais, dada a competência normativa concorrente para tratar do tema saúde, consoante previsto no art. 24, inc. XII da Constituição Federal.

14. De acordo com a Lei Maior, cuidar da saúde é também competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, inc. II). Nesse contexto, vale registrar que a inexistência das leis complementares, que haveriam de fixar normas para a cooperação entre os entes da federação com o objetivo de buscar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (parágrafo único do art. 23), torna essa divisão de responsabilidades ainda mais desafiadora.

15. Com efeito, em um estado federal complexo e singular como o brasileiro, composto de três níveis e tido como de cooperação entre os entes, viceja um permanente estado de disputa por espaços de atuação e por recursos. Prevalece uma zona cinzenta de sobreposição ou de lacunas de responsabilidades, na qual transitam os entes que compõem o sistema federativo brasileiro.

16. Nem mesmo a maior crise sanitária dos últimos 100 anos foi capaz de arrefecer, em prol de uma unificação de propósitos e de forças contra um inimigo em comum, essa infundável contenda na repartição das competências.

17. Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, ajuizada por partido político, com o objetivo de declarar a nulidade da Lei Federal nº 13.979/2020 (redação dada pela MP nº 926/2020), que conferia exclusividade à União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais.

18. Na ocasião, por unanimidade, o STF reconheceu a competência concorrente dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e da União para estabelecer providências concretas no combate à Covid-19, doença provocada pelo novo coronavírus.

19. Esse é apenas um exemplo de outros tantos casos que foram submetidos ao descortino da Suprema Corte, relacionados à competência concorrente para adoção de medidas para o enfrentamento da Covid-19. Podemos mencionar o litígio sobre a repartição de competência dos entes federados para legislar (ADPF 672), o Plano Nacional de Vacinação (ACO 3.451 e ADPF 754), o custeio de leitos de UTI para o tratamento da Covid-19 (ACOs 3.473 e outras) e a abertura de templos e igrejas (ADPF 701).

20. Tenho muito claro, todavia, que essa realidade não reduz a preponderância da União e do Ministério da Saúde no combate ao novo coronavírus. Ao contrário, ressalta a necessidade de um protagonismo de coordenação, sob pena de multiplicação dos conflitos federativos.

21. Coordenação, entretanto, não se faz com imposição, e, principalmente, depende da anuência e da participação colaborativa dos demais entes federados.
22. Nesse cenário, considero incabível que se imponha a alguém, por meio de determinação, sob pena de sanção, a obrigatoriedade de obtenção de êxito de uma providência que dependa, para sua consecução, de agentes autônomos e independentes.
23. O que se pode e se deve exigir é que tenha havido tentativas concretas para realização da providência desejada.
24. Registro, entre outras tantas providências, a criação do “Comitê de Coordenação Nacional para Enfrentamento da Pandemia da Covid-19”, por meio de decreto do Presidente da República de 26 de março passado, como uma instância de discussão entre os Poderes da República e os entes federados, para articulação de medidas no combate à pandemia em âmbito nacional.
25. Relembro, todavia, que, apesar do múltiplo protagonismo dos entes federados e do papel essencialmente coordenador daquela Pasta, o Acórdão 2.817/2020 determinou exclusivamente ao Ministério da Saúde que elaborasse, em 15 dias, um plano estratégico detalhado para viabilização de medidas de comunicação e de gestão e assistência farmacêutica.
26. Nessa toada, reputo que as novas redações propostas pelo Relator para os mencionados comandos constituem um importante aprimoramento, por incluírem a obrigação de que o Ministério da Saúde se articule com os entes subnacionais para a implementação desses objetivos. Essa abordagem é mais consentânea com a divisão de atribuições na área da saúde no sistema federativo brasileiro.
27. Todavia, dada a impossibilidade material e jurídica de o Ministério da Saúde impor seu desiderato aos entes federados, de modo a concretizar a articulação necessária, penso ser impróprio que os comandos assumam a forma de determinação.
28. Comungo da equilibrada preocupação do Ministro Benjamin Zymler, já externada inúmeras vezes por Sua Excelência - inclusive neste processo, quando do exame da proposta da SecexSaúde de se determinar a realização de entrevistas coletivas três vezes por semana (parágrafo 22 do Voto) – de que o TCU deve se abster de invadir indevidamente o juízo de discricionariedade do administrador público.
29. Além disso, a explicitação dos meios para consecução de determinado fim acaba por configurar, na realização da atividade administrativa, uma substituição disfuncional do gestor pelo controle.
30. A propósito, lembro que a Resolução-TCU 315/2020, que dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelos jurisdicionados, dita, em seu art. 5º, que as determinações “(...) *devem indicar a ação ou a abstenção necessárias e suficientes para alcance da finalidade do controle, sem adentrar em nível de detalhamento que restrinja a discricionariedade do gestor quanto à escolha dos meios para correção da situação irregular, salvo se o caso exigir providência específica para o exato cumprimento da lei.*”
31. O parágrafo único desse artigo estabelece que: “*A parte dispositiva da decisão não deve conter complementos típicos da fundamentação, como a finalidade e os efeitos da providência a ser adotada pela unidade jurisdicionada.*” (destaques nossos)
32. Essas novas regras foram positivadas com o intuito de adequar a atuação do TCU às disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, como expressamente declara a justificativa da Resolução-TCU 315/2020.
33. A recente Lei 13.655/2018 incluiu na LINDB regras gerais com o objetivo fundamental de aperfeiçoar as decisões adotadas pelo Poder Público, incluídos os órgãos de controle, em relação aos cidadãos e aos gestores públicos, de modo a lhes conferir maiores segurança jurídica, eficiência e racionalidade na aplicação do Direito Público. Esse foi o espírito que norteou a edição da citada Resolução.
34. Acrescente-se que o mesmo diploma legal conferiu a seguinte redação aos arts. 20 e 22 da Lei de Introdução:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, **controladora** e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

(...)

Art. 22. **Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**” (grifamos)

35. Nota-se, pelos dispositivos acima transcritos, em especial pelos trechos neles destacados, que as circunstâncias com as quais se defronta o gestor em seu cotidiano e as possíveis consequências práticas devem sempre ser consideradas pelo órgão de controle externo ao expedir qualquer comando ou orientação às unidades a ele jurisdicionadas.

36. Assim, no caso concreto, as limitações enfrentadas pelo Ministério da Saúde, tais como aquelas de competência normativa acima descritas, não podem ser olvidadas ao se deliberar acerca da natureza cogente ou não da manifestação a ser endereçada àquela Pasta.

37. Por tudo isso, julgo necessário converter as determinações sugeridas pelo Relator em recomendações, tal como previstas no art. 250, inc. III, do Regimento Interno, excluindo delas eventuais detalhamentos e descrições de meios para obtenção do resultado desejado, bem com as respectivas finalidades e efeitos das providências a serem implementadas.

38. Aliás, vejo que os comandos convertidos em recomendações se adequam perfeitamente às definições contidas na já mencionada Resolução-TCU 315/2020. Rezam o art. 11 e seu § 1º:

“Art.11. As recomendações devem contribuir para o aperfeiçoamento da gestão e dos programas e ações de governo, em termos de economicidade, eficiência e efetividade, cabendo à unidade jurisdicionada avaliar a conveniência e a oportunidade de implementá-las.

§ 1º As recomendações devem se basear em critérios, tais como leis, regulamentos, boas práticas e técnicas de comparação (benchmarks), e, preferencialmente, atuar sobre a principal causa do problema quando tenha sido possível identificá-la.”

39. Importante ressaltar, todavia, que as alterações propostas não invalidam o amplo e fundamentado diagnóstico promovido pela instrução e acolhido pelo Ministro Benjamin Zymler. Reitero minha compreensão de que ajustes e aprimoramentos são indispensáveis e urgentes, e devem ser implementados continuamente pelo Ministério da Saúde para o enfrentamento da pandemia.

40. Endosso, assim, a convicção do eminente Relator de que a adoção de providências corretivas é absolutamente imprescindível e urgente, dados o grave cenário sanitário que enfrentamos e as ocorrências detectadas no acompanhamento realizado por esta Corte.

41. Creio, entretanto, ser mais consentâneo com as peculiaridades e limitações normativas já descritas optar esta Corte por um encaminhamento passível de ser implementado pelos gestores destinatários e que não viole sua esfera de discricionariedade.

42. Trata-se, portanto, tão somente de uma modulação da terapia a ser empregada. O tratamento, como disse, é indiscutivelmente necessário. A medicação e a dose é que, na minha avaliação, devem ser compatibilizadas com as circunstâncias concretas, como exigem a LINDB e, mais do que isso, o respeito à repartição de competências efetuada pela Constituição Federal e a própria racionalidade administrativa.

43. Entendo que o presente trabalho tem a finalidade precípua de apontar eventuais necessidades de aprimoramento na ação governamental, em busca da redução do número de casos e de mortes decorrentes do novo coronavírus, e não de impor providências que devem estar no âmbito da discricionariedade dos gestores públicos, que acabam por criar dificuldades adicionais, e ou de aplicar-lhes sanções.

44. Concordo, ademais, com a avaliação do Relator de que, do ponto de vista formal, não houve descumprimento das determinações anteriores concernentes à elaboração dos planos estratégicos de

ações de comunicação e de gestão farmacêutica e da política de testagem, o que afasta qualquer possibilidade de cominação de multa.

45. Deve-se mencionar, adicionalmente, que a obrigatoriedade de elaborar planos estratégicos de comunicação ou de gestão farmacêutica ou uma específica política de testagem não está explicitamente prevista no inciso III, do art. 35, do Anexo I, do Decreto 9.795/2019, conforme encontram-se fundamentadas as determinações. Vejamos o que diz essa previsão normativa:

“Art. 35. Ao Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis compete:

(...)

III - coordenar e executar as ações de epidemiologia e controle de doenças e agravos inusitados à saúde, de forma complementar ou suplementar em caráter excepcional, quando:

a) for superada a capacidade de execução dos Estados e do Distrito Federal;

b) houver o envolvimento de mais de um Estado e do Distrito Federal; ou

c) houver riscos de disseminação em âmbito nacional;”

46. Em relação ao plano de comunicação, o Relator ressalta, no parágrafo 11 de seu voto, que *“Em cumprimento a essa determinação, o Ministério informou que elaborou plano de ação para as ações de comunicação do Plano de Contingência Nacional. Entretanto, não apresentou evidências de sua execução.”* Registra, ademais, no subitem 9.10. da minuta do acórdão sugerido, que considera cumprida a mencionada determinação, contida no subitem 9.1.1. do Acórdão 2.817/2020.

47. No tocante à gestão farmacêutica, o voto registra que:

“35. Ao contrário do exposto pela unidade técnica, não vislumbro aqui o descumprimento de determinações elaboradas pelo TCU, pois o Ministério da Saúde não as ignorou e buscou atendê-las da forma que entendeu pertinente. O fato de não se concordar com o seu conteúdo pode configurar outra infração, que não essa apontada.”

48. O Ministro Benjamin Zymler também rejeita a conclusão da unidade técnica de que houve descumprimento de determinação contida no subitem 9.1.3. do Acórdão 2.817/2020. Diz o relator no parágrafo 96 do voto: *“Foi proposta, ainda, a aplicação de sanções aos gestores por terem descumprido o subitem 9.1.3 do Acórdão 2.817/2020-Plenário. Entretanto, observo que a resposta à determinação foi efetuada; o que se discorda é da frágil, senão inexistente, política nacional de testagem.”*

49. Com efeito, considero prematuro que se instaure processo apartado para avaliar, desde logo, eventual responsabilidade que possa ter decorrido de eventual omissão, por parte dos gestores do Ministério da Saúde, na implementação dos planos estratégicos de comunicação e de gestão farmacêutica e da política de testagem.

50. Formalmente, porque as determinações não consignavam expressamente a implementação dos planos e da política, pois somente estabeleciam a obrigatoriedade de sua elaboração (ver subitens 9.1.1. 9.1.2. e 9.1.3. do Acórdão 2.874/2020).

51. Cronologicamente, porque, por não haver prazo fixado e por encontrar-se a pandemia, infelizmente, ainda em curso, as medidas previstas naqueles documentos estão em tempo de serem concretizadas, sem que se configure omissão do gestor. E há medidas, como acima se viu, ainda em curso.

52. Por fim, materialmente, porque agora são refeitos os comandos sobre os mesmos temas, de forma aprimorada, pois incluem, corretamente, a necessária articulação com os entes subnacionais. Não se caracteriza, portanto, reiteração de determinações descumpridas, mas sim um aprimoramento das determinações anteriores, tornando-as superadas.

53. De todo modo, considero interessante, sob o ponto de vista de gestão processual, que se instaurem processos apartados tal como propõe o Relator, com o propósito, todavia, inicialmente, de acompanhar a implementação das recomendações.

54. Por fim, considerando que o relatório em exame promoveu o monitoramento das decisões anteriores, adiro ao procedimento adotado pelo Relator e consignarei, na proposta de acórdão que

apresentarei, somente os comandos anteriores ainda válidos, de modo a que os jurisdicionados possam se ater exclusivamente, de forma compilada, ao contido na deliberação que vier a ser proferida.

55. Ante o exposto, ao manifestar minha integral anuência às demais propostas do Relator, a quem reitero meus elogios pela qualidade do trabalho, submeto à deliberação deste Plenário minuta de acórdão que repete a do Ministro Benjamin Zymler, com os necessários ajustes em relação aos pontos abordados neste voto revisor:

9.1. recomendar ao Ministério da Saúde, com vistas ao enfrentamento da pandemia causada pelo vírus Sars-Cov-2, que:

9.1.1. execute, em articulação com os entes subnacionais, plano estratégico de comunicação, com o intuito de esclarecer toda a população acerca da importância das medidas de prevenção e vacinação;

9.1.2. execute, em articulação com os entes subnacionais, plano estratégico com medidas de gestão e assistência farmacêutica, de modo a viabilizar o fornecimento de medicamentos para atendimento dos casos suspeitos e confirmados de infecção pelo vírus Sars-CoV-2;

9.1.3. implemente uma política nacional de testagem da Covid-19;

9.1.4. elabore planejamento orçamentário, com a estimativa de recursos necessários e de despesas previstas;

9.1.5. adequue as competências do Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV);

9.1.6. oriente os conselhos de saúde de todos os entes subnacionais, com base no art. 1º, § 2º, da Lei 8.142/1990, a fiscalizarem as ações dos gestores locais no combate à calamidade pública nacional decorrente da pandemia do vírus Sars-CoV-2 e, em caso de irregularidades, a darem ciência de tal fato à Casa Legislativa responsável pelo controle externo do respectivo ente, bem como aos respectivos órgãos auxiliares de controle interno e externo;

9.1.7. amplie a quantidade de sequenciamentos genéticos de amostras positivas para o vírus Sars-CoV-2;

9.2. para cada um dos subitens a seguir, constituir processo apartado para acompanhamento:

9.2.1. da execução das medidas de comunicação adotadas pelo Ministério da Saúde, em articulação com os entes subnacionais, bem como para avaliação da economicidade, da legitimidade, da eficácia e da efetividade dos gastos do Ministério da Saúde com comunicação;

9.2.2. da implementação de medidas de gestão e assistência farmacêutica adotadas pelo Ministério da Saúde, em articulação com os entes subnacionais;

9.2.3. da implementação de uma política nacional de testagem da Covid-19 pelo Ministério da Saúde;

9.3. dar ciência ao Ministério da Saúde de que:

9.3.1. não se tem observado a inclusão, nos autos dos processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus, da devida motivação dos atos, por meio da inclusão, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados, com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado, em desacordo com o disposto no art. 4º-E, § 1º, da Lei 13.979/2020;

9.3.2. a ausência da divulgação das aquisições e contratações no painel de Compras e Contratos Covid-19, situado no sítio localizaus.saude.gov.br, afronta o art. 4º, §2º, da Lei 13.979/2020;

9.4. dar ciência à Fundação Oswaldo Cruz de que a ausência da divulgação das aquisições e contratações no painel de Compras e Contratos Covid-19, situado no sítio localizaus.saude.gov.br, afronta o art. 4º, §2º, da Lei 13.979/2020;

9.5. comunicar a Casa Civil da Presidência da República e a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional a respeito da não inclusão, na Lei Orçamentária de 2021, de recursos específicos para o combate à Covid-19;

9.6. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório, do Voto e do Voto Revisor que o fundamentam, à Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde, à Comissão Temporária Covid-19 do Senado Federal e à Coordenadoria Nacional Finalística do Gabinete Integrado de Acompanhamento à Epidemia do Coronavírus-19 (GIAC-COVID19) da Procuradoria-Geral da República.

TCU, Sala das Sessões, em 04 de agosto de 2021.

JORGE OLIVEIRA
Revisor