

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro André Mendonça :

1. Trata-se de referendo à decisão cautelar proferida pelo e. Ministro Relator ao apreciar o décimo-sexto pedido de tutela provisória incidental, formulado pelo Partido Rede Sustentabilidade, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754, em face das **Notas Técnicas n. 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS**, editada pelo Ministério da Saúde, e n. 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, editada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

2. Na decisão ora submetida a referendo, o e. Ministro Relator compreendeu que *“ as Notas Técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, considerada a ambiguidade com que foram redigidas no tocante à obrigatoriedade da vacinação, podem ferir, dentre outros, os preceitos fundamentais que asseguram o direito à vida e à saúde, além de afrontarem entendimento consolidado pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP”*.

3. Pontuou que *“ de uma leitura mesmo superficial da Nota Técnica do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, percebe-se que a Pasta trata como violação de direitos humanos justamente aquilo que esta Suprema Corte, em data recentíssima, reputou constitucional, a saber: “a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares” imposta àqueles que se negam, sem justificativa médica ou científica, a tomar o imunizante ou a comprovar que não estão infectadas”*.

4. Na parte dispositiva, deliberou pelo referendo da medida cautelar anteriormente deferida para:

(...) *“ determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que façam constar, tão logo intimados desta decisão, das Nota Técnicas 2/2022SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, no sentido de que (i) “a vacinação compulsória*

não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”, esclarecendo, ainda, que (ii) “tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”, dando ampla publicidade à retificação ora imposta.

(...) “referendar a determinação ao Governo Federal para que se abstenha de utilizar o canal de denúncias “Disque 100” fora de suas finalidades institucionais, deixando de estimular, por meio de atos oficiais, o envio de queixas relacionadas às restrições de direitos consideradas legítimas por esta Suprema Corte no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP”

5. Feito esse breve apanhado introdutório, passo ao exame do referendo da medida cautelar, antecipando, desde logo, minha compreensão pela incognoscibilidade do pedido incidental, por serem os **atos impugnados desprovidos de coeficiente de normatividade suficiente para qualificá-los como de caráter essencialmente primário ou autônomo**, não sendo aptos, portanto, ao escrutínio pela via do controle abstrato de constitucionalidade.

6. 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.

7. 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.

8. 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*).

9. Acerca do tema, peço vênha para trazer à colação manifestação doutrinária do e. 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).*

10. Observa-se, portanto, que se nem todo ato *normativo* é apto a ser escrutinado no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, maior controvérsia não há quanto à inviabilidade de se examinar nessa elevada seara atos administrativos sequer dotados de carga normativa.

11. No caso em análise, o pedido de tutela provisória incidental busca promover o controle de constitucionalidade em abstrato das **Notas Técnicas n. 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS** , editada pelo Ministério da Saúde, e **n. 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH** , editada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

12. Especificamente quanto à natureza das Notas Técnicas em geral, o e. Min. RICARDO LEWANDOWSKI já concluiu em outra oportunidade serem elas “ *em princípio, destituídas de aptidão jurídica para a produção* ”

*de efeitos concretos, tratando-se de mera interpretação da lei para fins internos ao órgão, sem implicar violação direta do Texto Constitucional ”. Esse foi o entendimento manifestado por ocasião do julgamento monocrático da **ADPF 800, decidida em 05.10.2021** .*

13. Naquela assentada, ao analisar o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental manejada em face da Nota Técnica 1.556/2020/CGUNE/CRG, editada pela Controladoria-Geral da União – CGU, trilhando raciocínio já sedimentado por este Supremo Tribunal Federal, assim decidiu o ilustre Ministro Relator:

*Bem examinados os autos, verifico, inicialmente, que a **Nota Técnica 1.556/2020/CGUNE/CRG da Controladoria-Geral da União** , descrita como “manifestação interpretativa desta CGUNE quanto ao alcance e conteúdo dos arts. 116, inciso II e 117, inciso V, da Lei 8.112 /1990, visando, especialmente, promover a justa adequação destes às hipóteses de condutas irregulares de servidores públicos federais pela má utilização dos meios digitais de comunicação online”, **efetivamente não ostenta densidade normativa suficiente para ensejar o controle abstrato de constitucionalidade** .*

*A Controladoria-Geral da União exerce o poder regulamentar que lhe é inerente por meio da edição de determinados atos normativos, na forma do Decreto 5.480/2005, da Lei 13.844/2019 e do Decreto 9.681 /2019. **Não se inclui em tais hipóteses normativas as notas técnicas. Estas são, em princípio, destituídas de aptidão jurídica para a produção de efeitos concretos, tratando-se de mera interpretação da lei para fins internos ao órgão, sem implicar violação direta do Texto Constitucional** .*

*Assim, **não obstante a reprovabilidade da referida nota técnica** , que ignora a proteção constitucional conferida à liberdade de pensamento, de expressão, de informação, de reunião, ao lado de inúmeros outros direitos de primeira geração e da máxima envergadura , **o fato é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a impropriedade da utilização do controle abstrato de constitucionalidade para a averiguação da validade de atos desse jaez, destituídos de um coeficiente mínimo de generalidade, abstração e impessoalidade** . Confirma-se entendimento firmado nos seguintes julgados: ADI 1.716-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI-QO 1.640-UF, Rel. Min. Sydney Sanches; ADIMC 2.484-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 3.487-DF, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 3.709-DF, Rel. Min. Cezar Peluso.*

(grifos no original)

14. Além dos precedentes referenciados naquela decisão (ADI 1.716-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI-QO 1.640-UF, Rel. Min. Sydney Sanches; ADIMC 2.484-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 3.487-DF, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 3.709-DF, Rel. Min. Cezar Peluso), na qual, repita-se, apreciado ato administrativo de idêntica natureza daquele objeto do presente pedido de tutela incidental, podemos citar ainda o quanto decidido nos seguintes julgados, que evidenciam a jurisprudência da Corte em relação à inadequação da via eleita para exame de ato desprovido de normatividade adequada:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, § 1º - APLICAÇÃO EXTENSIVA - PRELIMINAR INDEFERIDA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA - FORMA ELETIVA DE PROVIMENTO DO CARGO - CARREIRAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS - PISO SALARIAL - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - LIMINAR DEFERIDA. ANEXO - GRADE DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS DE PROCURADOR DA FAZENDA - CARREIRA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE - IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA. O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, § 1º, do RISTF/80, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103). **A impugnação isolada de parte do Anexo da Lei Complementar, que se apresenta desprovido de qualquer normatividade, não pode ter sede em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto deve ser, necessariamente, ato estatal de conteúdo normativo.***

(ADI 387 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/1991, DJ 11-10-1991 PP-14247 EMENT VOL-01637-01 PP-00084 RTJ VOL-00135-03 PP-00905) (grifei)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 10.168/96, DO ESTADO DE SANTA CATARINA E RESOLUÇÃO Nº 76, DO SENADO FEDERAL. EMISSÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO EM VALOR SUPERIOR AOS PRECATÓRIOS PENDENTES DE PAGAMENTO À ÉPOCA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRETENSÃO DE REEMBOLSO DOS VALORES JÁ EXPENDIDOS.

AFRONTA AO ART. 33 DO ADCT-CF/88. MATÉRIA DE FATO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. 1. Há impossibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais de lei ou matéria de fato. Precedentes. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Violação ao art. 33 do ADCT/CF-1988 e ao art. 5º da EC nº 3/93. Alegação fundada em elementos que reclamam dilação probatória. Inadequação da via eleita para exame da matéria fática. 3. **Ato de efeito concreto, despido de normatividade, é insuscetível de ser apreciado pelo controle concentrado**. Ação direta não conhecida.

(ADI 1527, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00414) (grifei)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ESTADO DE SÃO PAULO - LEI N. 7.210/91 - DOAÇÃO DE BENS INSERVIVEIS E /OU EXCEDENTES A ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO - ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - NÃO CONHECIMENTO. - Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. **Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos**, ainda que incorporados ao texto de lei formal. - **Os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização jurisdicional, "em tese," quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição**. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta.

(ADI 643, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1991, DJ 03-04-1992 PP-04289 EMENT VOL-01656-01 PP-00118 RTJ VOL-00139-01 PP-00073) (grifei)

EMENTA AGRAVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NÃO ATENDIDOS. **ATOS COM AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE ADEQUADA**. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL NÃO DEMONSTRADA. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI Nº 9.882 /1999. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. ART. 4º, § 1º DA LEI Nº 9.882/1999. **INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES**. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RAZÕES RECURSAIS INSUBSISTENTES. AGRAVO REGIMENTAL

CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Formulação, na petição inicial da arguição, de pedido abrangente e impreciso voltado contra todos os “atos de império” que reconheçam a prescrição. Ausência de precisão e clareza dos objetos de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. 2. A teor do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999, o fundamento da controvérsia constitucional apto a abrir a via da ADPF há de atender, entre outros, o requisito da demonstração da existência de relevante controvérsia constitucional. Indicação, como ato normativo, de meras manifestações exaradas em processos judiciais, a fim de prover informações em ações de mandados de segurança. Pendência de decisão judicial e sujeição a todo o trâmite recursal previsto no ordenamento jurídico. Uma única sentença judicial a acompanhar a petição inicial é insuficiente para demonstrar a relevante controvérsia necessária. Precedentes. 3. Ao assentar o requisito da subsidiariedade da ADPF, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 legitima o Supremo Tribunal Federal a exercer, caso a caso, o juízo de admissibilidade, seja quando incabíveis os demais instrumentos de controle concentrado, seja quando constatada a insuficiência ou inefetividade da jurisdição subjetiva. Ainda que eventualmente não alcançada a hipótese pelas demais vias de acesso à jurisdição concentrada, inidôneo o manejo de ADPF quando passível de ser neutralizada com eficácia a lesão mediante o uso de outro instrumento processual. De todo incompatível com a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental a dedução de pretensão de natureza subjetiva sob roupagem de procedimento de fiscalização da constitucionalidade de ato normativo. Precedentes. 4. **Não atendidos os pressupostos processuais concernentes** (i) à precisão e clareza na indicação dos atos normativos descumpridores de preceitos fundamentais; (ii) à **existência de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999)**, e (iii) ao requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999), resulta incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ADPF 711 ED-AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020) (grifei)

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 Direta 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)

15. **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.**

16. Registro, contudo, em observância ao art. 137 do RISTF - *rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar - que, acaso vencido em relação à questão preliminar, no mérito, voto no sentido de referendar a medida cautelar*, acompanhando, no ponto, Sua Excelência, o e. Ministro Relator.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/03/2022