

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Acolhendo o escoreito relatório apresentado pelo eminente Ministro Roberto Barroso, rememoro apenas que o cerne da questão vocalizada na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental diz respeito à determinação do local de cumprimento de pena, ou medida privativa de liberdade imposta à pessoa custodiada, acusada, ré, condenada, à luz da identificação de gênero.

2. Iniciado o julgamento do feito na Sessão do Plenário Virtual de 03/09/2021 a 14/09/2021, o eminente Ministro Relator votou pela procedência do pedido inicial, para, ratificando os termos da medida cautelar monocraticamente deferida, *“outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança”*. O referido entendimento foi acompanhado pelos eminentes Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Edson Fachin.

3. Inaugurou a divergência o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, votando *“pelo não conhecimento da presente ação direta, em vista da alteração substancial do panorama normativa descrito na inicial”*. Isso porque, *“posteriormente ao deferimento da cautelar, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou de forma exauriente a questão”*. Nesse diapasão, compreendeu Sua Excelência *“não persistir o interesse processual no julgamento do feito, uma vez que a questão já foi solucionada por outra via”*. A mesma posição foi seguida pelos eminentes Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Nunes Marques.

4. Brevemente contextualizada a controvérsia, e evidenciando o avançado estágio de julgamento do feito, com duas correntes de entendimento já bem sedimentadas, **antecipado desde logo que me filio ao posicionamento encampado pelo Ministro Ricardo Lewandowski** por compreender, tal como Sua Excelência, que **a presente arguição não ultrapassa o juízo de conhecimento.**

5. De fato, com a edição da Resolução CNJ nº 348, de 2020, posteriormente modificada pela Resolução CNJ nº 366, de 2021, operou-se, efetivamente, **“alteração substancial do panorama normativa descrito na inicial”**. Contexto esse que, à luz da pacífica jurisprudência desta Excelsa Corte, enseja a incognoscibilidade da ação de controle abstrato de constitucionalidade, conforme se verifica, exemplificativamente, dos seguintes julgados:

“Ementa Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Portaria Detran/GO nº 399/2015, arts. 1º, 4º, II e IV; e 5º. Normas estipuladoras de critérios e procedimentos para a realização de vistoria veicular no Estado de Goiás. Revogação expressa das normas impugnadas, após o ajuizamento da ação. **Perda superveniente do objeto. Precedentes. Hipótese de prejudicialidade configurada.**

1. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a extinção da vigência da norma impugnada ou **a alteração substancial do seu conteúdo normativo, após a instauração do processo de controle concentrado de constitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes. Precedentes.**

2. Configuração de hipótese de extinção anômala do processo, sem resolução de mérito, por perda superveniente do objeto.

(ADPF nº 426/GO, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 04/11/2021, p. 17/11/2021; grifei)”

“EMENTA Agravo regimental. Ação de descumprimento de preceito fundamental. Medida Provisória nº 772/17. Ilegitimidade ativa. Entidade representativa de categorias econômicas não homogêneas. Encerramento da vigência. Não provimento.

1. Não se considera entidade de classe a associação que, a pretexto de efetuar a defesa de todos os seus membros, patrocina interesses de categorias não homogêneas, o que afasta a legitimidade ativa para o ajuizamento da ADPF. Precedentes.

2. Ademais, a Medida Provisória nº 772/17 teve seu prazo de vigência encerrado, esvaziando-se o próprio objeto da arguição. **Nos termos da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a revogação ou alteração substancial da norma impugnada e o exaurimento dos efeitos de normas temporárias conduzem à extinção do processo de controle normativo abstrato por perda superveniente de seu objeto. Precedentes.**

3. Eventuais lesões ou reparações oriundas dos efeitos advindos da vigência de norma revogada ou exaurida devem ser buscadas em ação própria, uma vez que o controle concentrado não tem por escopo a satisfação de direitos subjetivos individuais ou coletivos.

4. Agravo regimental não provido.
(ADPF nº 717-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 10/10/2022, p. 08/11/2022; grifei)“

6. Ademais , diante da ausência de aditamento à inicial, com vistas a eventual questionamento especificamente direcionado ao conteúdo dos atos normativos posteriormente editados, e considerando a remansosa jurisprudência dessa Suprema Corte quanto à fiel observância à regra processual da *adstrição ao pedido* no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (v.g. ADPF nº 347-TPI-Ref/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 18/03/2020, p. 1º/07/2020), **não há como escrutinar, no bojo dessa arguição, a validade das Resoluções mencionadas** , cujo exame meritório afigura-se proscrito na presente via.

7. Sob esse prisma, a incognoscibilidade da arguição decorre ainda da **necessidade de impugnação da integralidade do complexo normativo** relativo à determinada prescrição cuja constitucionalidade se questiona. Nesse sentido:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – **IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS.**

INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA.

– O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

– A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na

via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes.

DIPLOMAS NORMATIVOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ABRANGENTE DE TODAS AS NORMAS UNIDAS PELO VÍNCULO DE CONEXÃO – INOCORRÊNCIA – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA.

– Tratando-se de normas legais e de diplomas legislativos que se interconexionam ou que mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, cabe ao autor da ação direta, ao postular a declaração de inconstitucionalidade, abranger, no alcance desse “judicium”, todas as regras unidas pelo vínculo de conexão, sob pena de, em não o fazendo, tornar inviável a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade.

– **Em situação de mútua dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária de apenas algumas dessas normas, considerada a circunstância de o complexo normativo que elas integram qualificar-se como unidade estrutural incindível, a inviabilizar questionamentos seletivos e isolados de determinadas prescrições normativas.**

– Em tal contexto, e pelo fato de referidas normas integrarem a totalidade do sistema, não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas. Precedentes.

(ADI nº 2.422-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/05/2012, p. 30/10/2014; grifei)“

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR 339/2006 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROVIMENTO 4/1999 DO CORREGEDOR-GERAL DO ESTADO. POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR POLICIAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. SUPOSTA OFENSA À REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS ENTRE AS POLÍCIAS CIVIS E MILITARES. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 339/2006. REPRODUÇÃO DO TEOR DO ARTIGO 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO**

QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. PROVIMENTO DO CORREGEDOR-GERAL DO ESTADO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 69 DA LEI FEDERAL 9.099/1995. CONFLITO DE LEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto o parágrafo único do artigo 68 da Lei Complementar 339/2006 do Estado de Santa Catarina, que reproduz o teor do parágrafo único do artigo 4º do Decreto-Lei 3.689/1941 (Código de Processo Penal), e o Provimento 4/1999 do Corregedor-Geral do Estado de Santa Catarina, que orienta os procedimentos a serem adotados pelos órgãos de segurança pública estaduais para a lavratura de termos circunstanciados.

2. “Estando-se diante de simples reprodução de normas estipuladas em lei federal de observância obrigatória pelos Estados-membros, as quais sempre prevaleceriam, independentemente da sorte do diploma estadual, desveste-se a presente ação, obviamente, nesse ponto, do interesse processual que condiciona o seu exercício” (ADI 2.084-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 28/4/2000).

3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.

4. O Provimento 4/1999 do Corregedor-Geral do Estado de Santa Catarina consubstancia ato normativo secundário cuja função é regulamentar o disposto no artigo 69 da Lei federal 9.099/1995 em âmbito estadual. Destarte, o ato ora impugnado não constitui norma jurídica autônoma apta a autorizar a atuação deste Tribunal Constitucional, para fins de verificação de compatibilidade com a Constituição Federal.

5. O ato normativo de que cuida o artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, apto a promover a atuação deste Supremo Tribunal, é o que, em tese, viola diretamente o texto constitucional. É assente nesta Suprema Corte que as ações de controle concentrado de constitucionalidade não se prestam à impugnação de atos regulamentares ou de cunho interno dos órgãos da Administração, porquanto a controvérsia a respeito da harmonia de decreto executivo em face da lei que lhe dá fundamento de validade não caracteriza questão de constitucionalidade, mas sim de legalidade. Precedentes.

6. Agravo desprovido.”

(ADI nº 3.954-AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 27/03/2020, p. 15/10/2020; grifei)

8. Com base em tais argumentos, com a devida vênua àqueles que nutrem compreensão em sentido contrário, **acompanho a posição manifestada pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, votando pelo não conhecimento da presente ação direta**, em vista da alteração substancial do panorama normativa descrito na inicial.

É como voto, Senhora Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/08/2023