



Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

AVISO

É de responsabilidade do advogado ou procurador o correto preenchimento dos requisitos formais previstos no art. 9º, incisos I a IV, da Resolução 427/2010 do STF, sob pena de rejeição preliminar, bem como a consequente impossibilidade de distribuição do feito.

O acompanhamento do processamento inicial pode ser realizado pelo painel de petições do Pet v.3 e pelo acompanhamento processual do sítio oficial.

Protocolo	01021966120201000000
Petição	71322/2020
Classe Processual Sugerida	ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
Marcações e Preferências	Medida Liminar

Impresso por: 02/09/2020 14:57:18
Em: 02/09/2020 18:13:23

Relação de Peças	<p>1 - Petição inicial Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>2 - Documentos de Identificação Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>3 - Documentos de Identificação Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>4 - Documentos de Identificação Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>5 - Documentos de Identificação Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>6 - Documentos de Identificação Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>7 - Documentos comprobatórios Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>8 - Documentos comprobatórios Assinado por: GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p> <p>9 - Documentos comprobatórios Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA</p> <p>10 - Ato questionado Assinado por: CAROLINA FREIRE NASCIMENTO</p>
Polo Ativo	<p>PARTIDO DOS TRABALHADORES (CNPJ: 00.676.262/0001-70) PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL (CNPJ: 54.956.495/0001-56) PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB (CNPJ: 01.421.697/0001-37) PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL) (CNPJ: 06.954.942/0001-95) PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA (CNPJ: 00.719.575/0001-69)</p>
Polo Passivo	<p>Descrição da pessoa pública: MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</p>
Data/Hora do Envio	02/09/2020, às 18:13:13
Enviado por	CAROLINA FREIRE NASCIMENTO (CPF: 019.253.741-57)



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DIAS TOFFOLI

PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, por seu Diretório Nacional, inscrito no CNPJ n. 00.676.262/0001-70, com sede em Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco C, n. 256, Ed. Toufic, 1º andar, Brasília/DF, neste ato representado por sua Presidenta Nacional, **GLEISI HELENA HOFFMANN**, brasileira, casada, Deputada Federal (PT/PR), RG nº 3996866-5 SSP/PR, CPF sob nº 676.770.619-15, endereço funcional na Esplanada dos Ministérios, Praça dos Três Poderes, Câmara dos Deputados, Gabinete 232 - Anexo 4, **PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – PCdoB**, por seu Diretório Nacional, pessoa jurídica de direito privado, registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 54.956.495/0001-56, com sede na sala 1.224, do Edifício Executivo Office Tower, localizado no bloco F, da Quadra 2, do SHN, Asa Norte, Brasília, DF, representado por sua Presidenta, **LUCIANA BARBOSA DE OLIVEIRA SANTOS**, brasileira, em relação de união estável, Vice-Governadora do Estado de Pernambuco, CPF nº 809.199.794-91, residente e domiciliada em Recife-PE; **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB**, por seu Diretório Nacional, pessoa jurídica de direito privado, partido político registrado no E. Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional, inscrito no CNPJ sob o nº 01.421.697/0001-37, situado no SCLN 304 Bloco A, Sobreloja, Brasília/DF, CEP 70.736- 510, neste ato representado, na forma do seu Estatuto Social, por seu Presidente Nacional, **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE BARROS**, brasileiro, inscrito no CPF sob o nº 084.316.204-04, **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL**, por seu Diretório Nacional,



pessoa jurídica de direito privado, partido político registrado no E. Tribunal Superior Eleitoral por meio da Resolução nº 22083, de 15.09.2005, e com representação no Congresso Nacional, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, com sede no SCS, Qd. 02, Bl. C, número 252, 5º andar, Edifício Jamel Cecílio, Brasília/DF, neste ato representado, por seu Presidente Nacional, **JULIANO MEDEIROS**, brasileiro, historiador, inscrito no CPF nº 004.407.270-81 e do RG 8.084.283.962 SJS/RS, residente e domiciliado em São Paulo; e **PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT**, por seu Diretório Nacional, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 00.719.575/0001-69, com sede na SAFS - Quadra 02 - Lote 03, Plano Piloto - Brasília/DF, CEP: 70042-900, neste ato representado pelo seu Presidente Nacional, **CARLOS ROBERTO LUPI**, brasileiro, casado, administrador de empresas, RG nº 036289023, expedido pelo IFP e CPF nº 434.259.097-20, com endereço da sua Sede Nacional, SAFS quadra 02, lote 03 – CEP: 70.042-900, Brasília/DF, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por seus advogados com procurações em anexo, propor a presente:

2

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL c/c PEDIDO DE LIMINAR

em questionamento da inconstitucionalidade da Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, do Ministério de Estado da Saúde, por violação a preceitos fundamentais da Constituição da República, nos termos e argumentos que se seguem.

I – DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

1. Nos termos do art. 2º, inciso I da Lei n. 9.882/99, são legitimados para ajuizar a



Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental os mesmos entes elencados no rol taxativo previsto no art. 103 da Constituição da República.

2. Assim, o Partido dos Trabalhadores, com 53 Deputados Federais na Câmara dos Deputados, e 6 Senadores da República no Senado Federal; o Partido Comunista do Brasil, com 8 Deputados; o Partido Socialista Brasileiro, com 31 Deputados e 2 Senadores; o Partido Socialismo e Liberdade, com 10 Deputados; e o Partido Democrático Trabalhista, com 28 Deputados e 3 Senadores; possuem inequívoca legitimidade para proposição do presente feito, nos termos do art. 103, inciso VIII da Constituição Federal.

3

II – DO EFEITO REPRISTINATÓRIO EM ADPF

3. Segundo o il. Barroso¹, os efeitos objetivos da decisão proferida em sede de ADPF, quando esta tiver por causa de pedir *“um ato normativo, serão eles análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade”*. É também o que se depreende do art. 11 da Lei 9.882/99 e do art. 11, §2º, da Lei 9.868/99.

4. Portanto, a ADPF – assim como ocorre com a ADI – pode ter como decisão uma declaração de inconstitucionalidade (nulidade) do ato normativo violador do preceito fundamental. Segundo o il. Gilmar Mendes², essa decisão *“corresponde a uma declaração de nulidade ipso jure da lei. A lei declarada inconstitucional será eliminada com eficácia extunc”*.

¹ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 362.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143.



5. Assim é, pois, “[n]ão prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo”, de maneira que a “questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos: lei inconstitucional é lei nula” e que “os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc*”³.

6. O efeito repristinatório das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, no âmbito do controle direto de constitucionalidade, está intimamente relacionado e decorre da própria natureza da decisão – declaratória⁴, e não constitutiva – e da inconstitucionalidade normativa⁵ como invalidade (nulidade) da norma.

7. Do ponto de vista temporal, sendo nula – e, portanto, incapaz de emanar efeitos – a declaração de inconstitucionalidade implica o reconhecimento de que a norma revogadora, quando inconstitucional, **não é capaz de surtir o efeito revogador**. A norma cuja revogação se pretendia permanece válida durante todo o período, e a isto é que se chama o efeito repristinatório no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade:

[...] no âmbito do controle da constitucionalidade prevalece a construção doutrinária e jurisprudencial, que propugna a repristinação automática da lei que haja sido derrogada pela lei invalidade pelo STF. A estes efeitos se considera como se a lei nula nunca houvesse existido.⁶

³ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 250-251.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Tomo V, São Paulo: Forense, 1974, p.75- 76: “Uma coisa é a eficácia *ex tunc* de sentença, outra a eficácia *ex tunc* da relação jurídica ‘declarada’. Ali, há um ir ao passado; aqui, não: ao juiz foi pedido exatamente pôr-se ao tempo do passado. Portanto, é erro falar-se de eficácia retroativa da sentença declarativa. As sentenças constitutivas é que podem ir ao passado; a sentença declarativa é proferida por juiz que se pôs, desde o início, no passado. A sentença constitutiva pode mesmo ter eficácia para o futuro, a contar do momento mediato (*dies a quo*)”

⁵ STF, ADI 4641 ED, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/8/2015: “A declaração de inconstitucionalidade (...) incorporou os efeitos típicos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, isto é, a nulidade da legislação impugnada, com efeitos retroativos”

⁶ BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade: A Tipologia das Decisões do STF, Curitiba: Juruá, 2014,



8. Referido efeito repristinatório⁷ não se confunde com a repristinação legislativa (art. 1º, §3º, da LINDB), que perfaz um fenômeno completamente diverso⁸ e implica, necessariamente, que a norma revogadora tenha sido válida e eficaz⁹, ao contrário do que ocorre quando a norma revogadora é declarada inconstitucional.

9. Enquanto a repristinação legislativa exige expressa previsão de restauração da norma revogada (art. 1º, §3º, da LINDB) e observância aos limites constitucionais à retroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CF), o efeito repristinatório no âmbito das decisões declaratórias de inconstitucionalidade em controle abstrato se refere a todo o período passado – também impropriamente designado como efeito *ex tunc* – ignorando quaisquer efeitos da norma revogadora declarada inconstitucional.

5

10. Ainda segundo o il. Barroso¹⁰, a única exceção ao natural efeito repristinatório das decisões declaratórias de inconstitucionalidade é a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão pelo STF (art. 11 da Lei 9.882/99 e art. 27 da Lei 9.868/99):

Ainda no plano da eficácia temporal, cabe reavivar que a Lei n. 9.868/99 ratificou o entendimento de que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei que houvesse revogado outra, restaura-se a norma revogada.

p. 95.

⁷ O termo repristinatório é impróprio, pois não há o restabelecimento de nenhuma norma, apenas o reconhecimento de que a norma revogadora, por ser inválida, não surtiu o seu efeito revogador, de maneira que a norma originária permaneceu sempre válida. No entanto, adotamos a expressão consagrada na literatura, apesar de imprecisa na designação do fenômeno.

⁸ BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade: A Tipologia das Decisões do STF, Curitiba: Juruá, 2014, p. 95: “A única norma brasileira que regula as condições em que pode produzir-se a repristinação é a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), mas suas determinações se restringem ao estrito âmbito da legislação ordinária, não se aplicando desde logo às leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Nela, a regra é que a repristinação não se produz de forma automática, e somente ocorrerá se o legislador o determine expressamente”.

⁹ RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos, 7. ed., atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 2013, p. 353. FRANÇA, Limongi. Instituições de Direito Civil, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23-24.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257-258.



Do contrário, estar-se-ia admitindo que norma inválida produzisse efeitos válidos. A lei admitiu, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal possa dispor em sentido contrário, em juízo de conveniência e oportunidade, ou até mesmo por entender que a norma a ser restaurada também padece de inconstitucionalidade.

11. Por fim, e, conforme parte final do excerto acima, a causa de pedir aberta das ações diretas permitem que se analise não apenas a constitucionalidade da norma cuja constitucionalidade é diretamente impugnada, mas também da norma subjacente que aquela primeira pretendia revogar:

A jurisprudência desta CORTE aponta para a necessidade de que a Ação Direta questione todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional, tendo em conta o efeito repristinatório verificado na declaração de inconstitucionalidade (STF, ADI 5260, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11/10/2018).

6

12. Deve-se, portanto, reconhecer a inconstitucionalidade da Portaria 2.282/2020, com o imediato reconhecimento da aplicação da Portaria MS Consolidada nº 5/2017, em especial seus art. 694 a 700, cuja revogação pretendeu o ato normativo inconstitucional, nos termos de seu art. 10.

III – DO CABIMENTO DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

13. O instrumento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, previsto no art. 102, §1º da Constituição da República e, posteriormente, regulamentado pela Lei n. 9.882/99, tem como objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Ademais, conforme entendimento do art. 4º, §1º da Lei da ADPF, tal arguição é dotada do caráter da subsidiariedade, de



modo a ser cabível apenas quando não houver outra via eficaz de sanar ou reparar a lesão.

14. Têm-se, assim, espécie de triplo critério de admissibilidade, para além da legitimidade ativa, a saber: i) violação ou risco de violação a preceito fundamental; ii) oriunda de um ato do Poder Público, neste caso compreendendo a existência de atos omissivos e comissivos; e iii) inexistência de outro meio eficaz. Todos, por sua vez, presentes nesta Arguição apresentada a este c. Supremo Tribunal Federal.

15. Isso porque, no que tange à violação a preceito fundamental, destaca-se que das inovações previstas na Portaria impugnada decorre evidente violação aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da separação de poderes (art. 2º, caput), da legalidade (art. 5º, II) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV), ao direito social à saúde (art. 6º, caput), o qual também figura constitucionalmente como um dever do Estado (art. 196, caput), à garantia fundamental à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e à vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, caput, I e III).

16. Dessa maneira, mesmo que não haja delimitação precisa acerca do que representaria os preceitos fundamentais a serem protegidos pela via da arguição de descumprimento, é certo que os direitos e garantias fundamentais, os princípios e os fundamentos da República, bem como as demais normas constitucionais correlatas, são parâmetro de controle no bojo da ADPF.

17. Quanto ao segundo requisito, entende-se por ato emanado do poder público, para efeito de avaliação de cabimento de ADPF, aqueles produzidos pelo governo federal, estadual ou municipal que possuam natureza administrativa, judicial ou normativa e tenham possivelmente violado preceito fundamental.



18. O Ministro da Saúde, em sua Portaria nº 2.292/2020, invoca o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal – competência para “*expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos*” – como fundamento para a edição da portaria.

19. Sob esse pretexto regulamentar, invoca também o art. 128, II – que prevê excludente de ilicitude para o crime de aborto em caso de gravidez resultante de estupro – e o art. 225 do Código Penal – com redação dada pela Lei nº 13.718/2018, que tornou todos os crimes contra a dignidade sexual sujeitos a ação penal pública incondicionada –.

20. Inobstante a competência do Ministério da Saúde dizer respeito aos “*problemas atinentes à saúde humana*”, art. 1º, *caput*, da Lei 1.920/1953, a Portaria MS nº 2.282/2020 **trata exclusivamente de questões de direito criminal**, seara em que impera o primado da legalidade estrita, inobservado pela normativa ora impugnada, exarada pelo Ministro da Saúde.

21. Em outras palavras, as obrigações impostas pela Portaria nº 2.282/2020 suplantam o caráter meramente regulamentar, inovando obrigações que beiram o caráter penal-incriminador, em afronta às garantias fundamentais de legalidade previstas no art. 5º, II, e XXXIX, da Constituição Federal.

22. O instrumento impugnado faz com que os agentes sanitários participem ativamente das competências de Polícia Judiciária, as quais são reservadas aos órgãos e entidades indicadas no art. 144 da CF, e ao Ministério Público (art. 129, III e VIII, da CF, e Tema 184 de Repercussão Geral).

23. Assim, ao impor um **conteúdo normativo inovador e autônomo**, através de disposições gerais e abstratas, com obrigações e restrições a direitos fundamentais que



não foram objeto ou sequer tematizadas nos atos legislativos pretensamente regulamentados, o suposto ato normativo regulamentar não está em contrariedade com a lei regulamentada, mas sim em contrariedade com garantias constitucionais, dentre elas, a de reserva de legalidade (art. 5º, II, XXXIX, art. 84, IV, art. 87, parágrafo único, II, da CF).

24. Esta é a posição do il. Min Gilmar Mendes¹¹, para quem *“restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo”*, se essas garantias constitucionais e limitações ao poder do Executivo (art. 5º, II e art. 84, IV) não pudessem ser elas próprias parâmetro para o escrutínio de constitucionalidade diante de um ato normativo regulamentar que os violassem.

25. No mesmo sentido, o il. Ministro Barroso¹², que cita entendimento no mesmo sentido de Clève¹³, para quem os atos regulamentares podem não apenas infringir a Constituição quando infringem os limites constitucionais do princípio da legalidade, mas também, igualmente, em seu conteúdo propriamente regulamentar.

26. E tampouco esta situação é estranha à jurisprudência desta E. Corte que, em diversas oportunidades, admitiu e/ou julgou no mérito ações diretas tendo por objeto atos normativos regulamentares: ADPF 41-6 (Regulamento de Tribunal de Justiça),

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87: *“Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a flexibilização do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal”*.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p 352-353.

¹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 212: *“[O] regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo o da separação de poderes”*.



ADI 5104 e ADI 5122 (Resolução do TSE), ADI 4263 (Resolução do CNMP), ADI 4587 (Regimento Interno de Assembleia Legislativa), ADPF 87 (Regulamento de Tribunal de Justiça acerca de concurso público para cartórios).

27. Em todos os casos, a admissão de atos – pretensamente – regulamentares como objetos de ações diretas requer que o ato normativo tenha, ao menos: (i) conteúdo inovador, próprio de decreto autônomo¹⁴; e (ii) caráter normativo geral e abstrato¹⁵:

A possível objeção de que se cuidaria de mera regulamentação de dispositivos legais – o que, em rigor, não é o caso – confunde-se parcialmente com o próprio mérito da ação. Com efeito, um dos argumentos centrais da impugnação consiste justamente na tese de que a Resolução teria desbordado da atribuição regulamentar do TSE e, nessa condição, violado a competência privativa da União para legislar sobre processo, bem como o princípio da separação dos Poderes. Nesse ponto, na linha de precedentes do Plenário, **não é necessário que o ato infralegal questionado seja desprovido de qualquer base legislativa, sendo suficiente que haja pontos de descolamento e inovação substancial contrários à reserva de lei.**

(STF, MC na ADI 5104 / DF, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3/5/2018 - Informativo STF nº 900, grifou-se).

(grifos nossos)

28. Por fim, sobre a subsidiariedade, isto é, sobre a não existência de outro meio eficaz para findar a violação aos preceitos fundamentais, filiamo-nos à concepção do il. Barroso¹⁶, para quem a regra da subsidiariedade da ADPF merece uma “*interpretação mais aberta e construtiva*”, e não apenas formal e procedimental. Nos termos do art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99, a subsidiariedade diz respeito à correlação entre a eficácia da medida disponível e a lesividade ao preceito fundamental.

¹⁴ ADI 5104, ADI 4587.

¹⁵ ADI 5122, ADI 3202.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p 337.



29. É exatamente nesse sentido, relacionado ao grau de eficácia da proteção à ordem constitucional, que o il. Gilmar Mendes¹⁷ interpreta o que ficou conhecido como subsidiariedade da ADPF, ou seja, o disposto no art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99:

A ADPF somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º) (...)

Meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Convém observar que, no direito alemão, a Verfassungsbeschwerde (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, se se mostrar que **a questão é de interesse geral ou se demonstrar que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária** (Lei Orgânica do Tribunal, §90, II).

(grifos nossos).

11

30. Assim, o art. 4, §1º, da Lei 9.882/99, só pode ser interpretado, diante de uma perspectiva substancial de garantia da ordem constitucional, de maneira a garantir que a ADPF seja um instrumento subsidiário cuja admissibilidade possa estar também relacionada à sua capacidade de dar um determinado grau de eficácia – amplo, imediato e geral – à tutela do preceito fundamental lesado sempre que os demais instrumentos disponíveis não forem aptos a conferir este mesmo grau de proteção.

31. Não se trata, portanto, nem da necessidade de esgotamento das vias ordinárias, tampouco do enquadramento estrito em outras ações diretas – como a ADI – ainda que a ADPF tenha também por causa um ato inconstitucional.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110-111.



32. **Importa, assim, a relevância¹⁸ da questão constitucional e o grau de eficácia exigido para a adequada resposta à lesão, comparativamente considerando os demais meios disponíveis.**

33. A Portaria 2.282/2020, apesar de se revestir sob um caráter normativo, é **dotada de um alto grau de concretização** – talvez o mais alto que se possa atingir no âmbito normativo, antes de se passar para a esfera das relações jurídicas específicas. Isto porque se trata de uma instrução normativa que visa a detalhar a execução específica da lei (art. 87, parágrafo único, II, da CF).

34. Com seus **atributos de imperatividade e autoexecutoriedade¹⁹**, a Portaria 2.282/2020 se impõe, desde a sua vigência, em todas as situações concretas de violência sexual ocorridas no país. Mais que uma tutela normativa abstrata, cuida-se de garantir que, em todas as situações concretas ocorridas no país neste momento, a mulher vítima de agressão sexual que pretenda exercer o seu direito – art. 128, II, do CP – possa fazê-lo sem que isto lhe custe o sacrifício de relevantes direitos e garantias constitucionais operado por uma mera Portaria administrativa.

35. A mera suspensão normativa da Portaria 2.282/2020 pode não ser suficiente para evitar a lesão aos preceitos fundamentais cuja tutela se pretende obter.

36. A urgência (imediatidade) da questão, aliada à concretude de efeitos do ato administrativo, a ocorrência diária de casos de agressão sexual em todo o país (abrangência) e a própria realização concreta da lesão - que não envolve apenas uma

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p 340: “Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético”.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 43. ed., atualizado por José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2018, p. 190.



questão normativa ou de efeitos normativos, mas sim situações concretas de atendimento médico e sanitário - fazem da ADPF o meio mais adequado para garantir a eficácia de uma proteção integral às mulheres vítimas de agressão sexual.

37. Portanto, por preenchidos todos os requisitos, tem-se por **cabível a utilização do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no caso em tela, motivo pelo qual se requer o seu processamento.**

38. Caso assim não se entenda, pugna-se pela fungibilidade da medida e sua recepção como ADI, conforme abordado a seguir.

III.1 – DA FUNGIBILIDADE DA ADPF COM ADI

13

39. Acaso, por outro lado, se entenda que a Portaria ora impugnada se trata de ato normativo impugnável mediante **Ação Direta de Inconstitucionalidade, requer-se a este c. STF que conheça a presente ação como tal.** Medida cabível diante da satisfação dos requisitos de legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido.

40. Ademais, diante da relevância da situação trazida aos autos, que fere garantias constitucionais da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da integridade física, psíquica e moral e do direito social à saúde das vítimas de agressão sexual, muitas das quais são crianças ou adolescentes, aplica-se a fungibilidade em questão, nesse sentido²⁰:

QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE

²⁰ STF, ADI 4.180 MC-REF, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10/3/2010; ADPF 178, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/7/2009, dec. monocrática;



NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a **perfeita satisfação dos requisitos** exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a **relevância da situação trazida aos autos**, relativa a conflito entre dois Estados da Federação.

(ADPF 72 QO, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJ 02-12-2005 PP-00002 EMENT VOL-02216-1 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 325, 2006, p. 170-175)

(grifos nossos)

14

IV – DO ATO DO PODER PÚBLICO IMPUGNADO – PORTARIA Nº 2.282, DE 27 DE AGOSTO DE 2020.

41. O Ministério da Saúde editou e publicou a Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, a qual revogou os arts. 694 a 700 da Portaria nº 5, de 28 de setembro de 2017, instituiu novas obrigações e modificou a redação de um dos Anexos.

42. Conforme cotejado no quadro comparativo juntado nesta oportunidade, nos trechos em que inaugura diretrizes, a Portaria ora impugnada prescreve o seguinte:

Art. 1º É obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolheram a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro.

Parágrafo único. Os profissionais mencionados no *caput* deverão preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos



da Lei Federal nº 12.654, de 2012.

[...]

Art. 8º Na segunda fase procedimental, descrita no art. 4º desta Portaria, a equipe médica deverá informar acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, caso a gestante deseje, e essa deverá proferir expressamente sua concordância, de forma documentada.

43. Além dos dispositivos supratranscritos, o ato público em comento também modifica o “Anexo LXVII – Termo De Consentimento Livre e Esclarecido Interrupção de Gravidez Resultante de Violência Sexual”, com a edição do Anexo “V – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Interrupção de Gravidez Resultante de Estupro”.

44. Estas inovações, igualmente cotejadas na tabela comparativa em anexo, deram-se mediante inserção do seguinte excerto:

Faz-se necessário trazer o detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento previsto em lei:

a) Abortamento medicamentoso, antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;
- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;

b) A partir das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;
- Infecção ou lesão no útero;

c) Aborto cirúrgico - Antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;
- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;

d) Após 14 semanas de gravidez, os principais riscos de aborto cirúrgico são:



- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;
- Sangramento muito intenso;
- Infecção;
- Lesão no útero ou entrada no útero (colo do útero);

Declaro estar esclarecida acerca do risco de morte conforme a idade gestacional em que me encontro.

* Os riscos apontados têm como base os protocolos da Organização Mundial de Saúde - OMS (Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde - 2ª ed. 1. Aborto induzido. 2. Cuidado pré-natal. 3. Bem-estar materno. 4. Política de saúde. 5. Guia - ISBN 978 92 4 854843 7), bem como do National Health Service - NHS, disponível em: <<https://www.nhs.uk/conditions/abortion/risks/>>.

45. Em síntese, o instrumento ora impugnado:

- a. Torna obrigatória a notificação, pelos profissionais de saúde, à autoridade policial, em caso de existência de indícios ou confirmação do crime de estupro, no âmbito do acolhimento de paciente, determinando que estes mesmos profissionais preservem possíveis evidências materiais do crime de estupro, para entrega à autoridade policial;
- b. Torna obrigatória o oferecimento da informação, por parte da equipe médica, ainda que não questionada, acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia; e
- c. Insere, no texto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido o que entende ser o *“detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento”*.

46. Nesta medida, a Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, na parcela em que inova – quando comparada com a Portaria até então vigente – edita norma inconstitucional, conforme se demonstrará na sequência.



V – DO CONTEXTO DE DA EDIÇÃO DA PORTARIA Nº 2.282, DE 27 DE AGOSTO DE 2020 – DESVIO DE FINALIDADE.

47. Desde meados de agosto do ano corrente, o país tem observado o caso da menina de dez anos de idade que, estuprada e ameaçada pelo tio,²¹ foi engravidada e submetida a uma série de obstáculos até o efetivo exercício de seu direito legal à realização do aborto.²²

48. Tratava-se, portanto, de hipótese legal para interrupção da gestação, posto que, simultaneamente, a gestação fora resultado de estupro – inclusive, presumido, pois vulnerável a vítima – e gerava risco à sua vida. Entretanto, na busca por atendimento médico no hospital local – Hospital Universitário Cassiano Antônio Moraes (HUCAM) – a criança e sua avó se depararam com a negativa da instituição.²³

49. Isto é, não obstante autorização judicial do dia anterior para realização do procedimento,²⁴ a qual não é necessária para o exercício do direito ao aborto legal, o hospital recusou o atendimento à menina sob a justificativa de ausência de protocolo, em virtude da idade gestacional.

50. Diante desta situação, a criança precisou sair de seu estado de origem e seguir para um complexo hospitalar de Recife. Ocorre que o sigilo deste procedimento fora violado, na medida em que determinada figura pública contrária à aplicação da lei²⁵

²¹ Exame de DNA confirma que tio estuprou e engravidou menina de 10 anos no ES. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/28/exame-de-dna-confirma-que-tio-estuprou-e-engravidou-menina-de-10-anos-no-es.ghtml>

²² <https://catarinas.info/quero-voltar-logo-para-jogar-futebol-a-saga-de-uma-crianca-para-fazer-o-aborto-no-brasil/>

²³ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/16/menina-de-10-anos-gravida-tem-aborto-negado-no-es-e-vai-a-outro-estado.htm>

²⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/08/justica-autoriza-aborto-em-menina-de-10-anos-gravida-apos-estupro-no-espírito-santo.shtml>

²⁵ Investigada por este c. STF, presa preventivamente e atualmente utilizando tornozadeira eletrônica.



tornou públicas informações sensíveis da menina, como nome e hospital em que fora acolhida e atendida.²⁶

51. Consequência da exposição destes dados sigilosos, formou-se uma barreira no Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros – CISAM por um grupo de pessoas que, além de tentar invadir o local, se colocaram contra a interrupção desta gestação. A menina precisou entrar pelo portão dos fundos da maternidade e o procedimento fora acompanhado por gritos constantes de “assassino” provenientes destes manifestantes.

52. Este caso assumiu projeção nacional e é exatamente neste contexto em que editada a norma ora impugnada, a qual figura como devolutiva institucional do poder público em torno do procedimento de abortamento realizado nas hipóteses de gestação decorrente de estupro.

53. Ou seja, diante da exposição de um exemplo de sucessiva obstaculização do exercício ao direito ao abortamento legal, portanto, em face de situação concreta, o Ministério da Saúde publica Portaria de caráter geral, em desvio de finalidade.

VI – DO DIREITO E ACESSO AO ABORTO LEGAL EM CASO DE GRAVIDEZ DECORRENTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL

54. A caracterização dos direitos sexuais e reprodutivos – além de derivar de garantias fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, tais como direito à saúde, ao planejamento familiar, à integridade física e psicológica, dentre outros que serão objeto de maior detalhamento ao longo desta exordial – bem como a

²⁶ <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/16/sara-winter-divulga-endereco.htm>



sua denominação enquanto tal, são objeto de compromissos firmados pelo Brasil em Planos de Ação Internacionais²⁷.

55. Estes direitos derivam de uma perspectiva de saúde integral – a qual parte da noção ampla de bem-estar físico, mental e social – e representam direitos humanos das mulheres e meninas na medida em que garantem a liberdade, a igualdade e a sua integridade de pessoa humana no âmbito das questões relativas à sua sexualidade.

56. A Orientação Técnica editada pela Organização Mundial da Saúde, neste sentido²⁸, informa que:

A quantidade de declarações e de resoluções assinadas pelos países nas últimas duas décadas indica que existe um **consenso cada vez maior sobre o abortamento inseguro ser uma causa importante de mortalidade materna, podendo, e devendo, ser prevenido mediante a educação sexual, medidas de expansão do planejamento reprodutivo, acesso a um abortamento seguro nos casos previstos em lei e cuidados pós-abortamento em todos os casos.** Também há consenso em relação ao fato da necessidade de ampliar o acesso a métodos contraceptivos modernos para prevenir a gravidez não desejada e os abortamentos inseguros. Em consequência, **a justificativa lógica do ponto de vista da saúde pública para evitar o abortamento inseguro é clara e inequívoca.**

[...] **Eliminar o abortamento inseguro é um dos componentes chaves da estratégia de saúde reprodutiva global da OMS.** A estratégia se baseia nos tratados internacionais de direitos humanos e em declarações globais de consenso que demandam o respeito, a proteção e o cumprimento dos direitos humanos, entre os que se encontram o **direito de todas as pessoas de ter acesso ao maior padrão de saúde possível;** o direito básico de todos os casais e indivíduos de decidir livre e responsabilmente o número, espaçamento e o momento de terem filhos, e o direito de receberem informação e os meios necessários para que alcancem a mais elevada qualidade de saúde sexual e reprodutiva; o direito das mulheres de ter controle e decidir

²⁷ Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, em 1994, bem como a Conferência Mundial Sobre a Mulher, ocorrida em Pequim, em 1995.

²⁸ Organização Mundial da Saúde. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde – 2ª ed. 2013. Disponível em:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7



livre e responsabilmente sobre temas relacionados com sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, sem coerção, discriminação nem violência; o direito de os homens e as mulheres escolherem o seu parceiro e de se casar por livre e pleno consentimento; o direito de ter acesso à informação relevante sobre saúde; e o direito de cada pessoa de usufruir dos benefícios dos avanços científicos e suas aplicações. Com o **objetivo de cumprir estes direitos, e de salvar as vidas das mulheres**, é necessário tratar adequadamente dos aspectos programáticos, legais e políticos para assim **oferecer um abortamento seguro**, como descrito nos capítulos a seguir.

(grifos nossos)

57. Embora gênero seja categoria relevante à compreensão das estatísticas de aborto no país, esta não é a única, tendo em vista que as relações de raça e classe, bem como a região do Brasil em que residem estas mulheres, influenciam diretamente no acesso ao procedimento.²⁹

58. Já os dados mais recentes, referentes ao ano de 2018, a respeito da violência sexual no Brasil – relevantes à compreensão das violações apontadas no bojo da presente ação, uma vez que a **Portaria impugnada trata**, especificamente, da **interrupção legal de gestações decorrentes de estupro** – revelam que, além da prevalência de vítimas serem mulheres, 82%, 54% delas tinham até 13 anos de idade. Isto é, a cada hora, 4 meninas são estupradas.³⁰

59. O Anuário dos quais os dados acima foram extraídos, informa que, não obstante a existência de 66.041 registros policiais de estupro no Brasil, no ano de 2018, este dado

²⁹ Em termos numéricos, observa-se que, entre as mulheres negras e indígenas, 15% já fizeram um aborto; já entre as mulheres brancas, apenas 9% o fizeram. Contrastam igualmente as taxas regionais, uma vez que, enquanto 18% das mulheres no Nordeste já realizaram, no Sudeste e no Sul este índice cai para 11% e 6%, respectivamente. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.

³⁰ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>.



não reflete a real dimensão da violência sexual do país. Isso porque, apenas 7,5% das vítimas notificam a polícia; conforme registrado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública:

Os motivos para a baixa notificação são os mesmos em diferentes países: medo de retaliação por parte do agressor (geralmente conhecido), medo do julgamento a que a vítima será exposta após a denúncia, descrédito nas instituições de justiça e segurança pública, dentre outros.³¹

60. Por fim, ainda sobre os índices de violência sexual no país, é circunstância relevante o vínculo da vítima com o agressor, dado que, 75,8% possuem alguma espécie de vínculo com o agressor. No que tange à relação entre os dados de que prevalecem os conhecidos entre os abusadores e de que 54% das vítimas são crianças, o Anuário de Segurança Pública destaca:³²

21

O fato de que a maioria das vítimas de estupro no Brasil têm menos de 13 anos, e que os autores são conhecidos, indicam o enorme desafio no enfrentamento a este tipo de crime. Estes dados não são novos, pelo menos desde os anos 1990 diferentes pesquisas têm indicado que o abuso sexual em geral é praticado por membros da família ou de confiança das crianças, revelando padrões assustadores de violência intrafamiliar³³. Esse quadro se torna ainda mais grave na medida em que os depoimentos de crianças com certa frequência são questionados

³¹ Souza, Cecília Mello, Adesse, Leila. Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios, 2005 / organizadoras Cecília de Mello e Souza, Leila Adesse. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. 188p

³² Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>.

³³ Dentre as quais destacamos: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? in Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2006, Textos & Contextos; RIBEIRO, Márcia Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos. Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 456-464, Apr. 2004; DESLANDES, Suely et al. Indicadores das ações municipais para a notificação e o registro de casos de violência intrafamiliar e exploração sexual de crianças e adolescentes. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 27, n. 8, p. 1633-1645, Aug. 2011.; MEES, Lúcia Alves. Abuso sexual, trauma infantil e fantasias femininas. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.



por falta de credibilidade, além do silêncio e por vezes cumplicidade que envolvem outros parentes próximos.

61. Neste cenário, mesmo os países com regramentos mais restritivos garantem o acesso ao abortamento nesta hipótese,³⁴ inclusive porque a imposição da continuidade de uma gravidez decorrente de violência sexual – na prática, mediante negativa do atendimento para interrupção da gestação – é internacionalmente reconhecida como tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

62. Poucos temas dizem tanto respeito ao coração de proteção de direitos fundamentais quanto os direitos relacionados ao acesso à saúde e à proteção devida às vítimas de violência sexual. Tratam-se de direitos que permitem não apenas que mulheres e meninas vítimas de violência tenham sua saúde física e mental preservadas, como também que não sejam colocadas em posição de desigualdade no acesso aos mais diversos direitos, como o de não serem submetidas a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e de terem preservados o seu direito à dignidade, à cidadania, à intimidade e ao livre desenvolvimento a personalidade.

63. A partir do presente panorama a respeito da saúde sexual e reprodutiva, em especial no contexto de violência sexual, bem como das premissas nele contidas, portanto, se estrutura a demonstração das violações a preceitos fundamentais a seguir exposta.

22

³⁴ “Quase 50% dos países reflete esse padrão e permite o abortamento no caso específico de estupro, ou mais geralmente, quando a gravidez é resultado de um ato criminoso, como no caso de incesto”. Organização Mundial da Saúde. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde – 2ª ed. 2013. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7



SOCIALISMO
E LIBERDADE
PSOL 50



VII – DA VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DO MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

64. Conforme descrito anteriormente, o ato ora impugnado – Portaria nº 2.282 do Ministério da Saúde – ao substituir o texto do instrumento regulamentar então vigente, inaugurou diretrizes em seus arts. 1º e 8º, bem como no texto do Anexo V, que trata do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

65. Em síntese, destas alterações decorrem (i) a obrigatoriedade de notificação da autoridade policial e do armazenamento de materiais de prova, por parte dos profissionais da saúde, (ii) o dever de informar, ainda que não questionado, a respeito da possibilidade de realização de ultrassonografia, e (iii) a inserção de informações que se entendeu como “*detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento*”.

23

66. Ocorre que estas medidas importam na violação aos preceitos fundamentais do direito à saúde, da inviolabilidade da vida, da garantia à intimidade e privacidade, da dignidade da pessoa humana, e da vedação ao tratamento cruel, desumano ou degradante, o que será demonstrado adiante.

VII.1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À SAÚDE, ARTS. 1º, III, 5º, CAPUT, 6º, 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

67. O principal bens objeto de discussão dos presentes autos é a saúde, a qual, por seu caráter especialíssimo, possui particular proteção constitucional e se alicerça no princípio da dignidade da pessoa humana.

68. A Constituição da República, em seus artigos 6º e 196, prevê a saúde como, de



um lado, direito social básico de todas as pessoas e, de outro, dever do Estado, garantindo, dessa forma, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (destacou-se)

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(grifos nossos)

69. A partir do marco normativo e civilizatório da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a comunidade internacional passou a se mobilizar, dentre outros mecanismos, mediante Conferências Internacionais orientadas à garantia de direitos básicos à vida digna.

70. Neste cenário se situa a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em Cairo, em 1994, que, sob a perspectiva de desenvolvimento pleno do ser humano, **define os direitos reprodutivos e os relaciona com o direito à saúde em sua concepção completa**, extrapolando o conceito restritivo de que a saúde seria a mera ausência de doença.³⁵

³⁵ Princípio 8. Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.

[...]

7.2 A **saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a**



71. O Capítulo VII da Plataforma de Ação do Cairo, que derivou do encontro mencionado, trata especificamente sobre **direitos de reprodução e saúde reprodutiva** e dispõe o seguinte:

7.3 Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no **reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução.** Inclui também seu direito de tomar **decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência,** conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar. [...]

25

72. No ano seguinte, no bojo da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, ocorrida em Pequim, além do aprofundamento na definição dos direitos sexuais e reprodutivos,

suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.

Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>



bem como de sua caracterização enquanto direitos humanos das mulheres e meninas,³⁶ a Plataforma de Ação que emergiu do encontro foi expressa ao descrever como um dos deveres dos Estados signatários a garantia do acesso ao aborto com segurança nas hipóteses em que este não é ilegal, veja-se:

Objetivo estratégico

C.1 Promover o acesso da mulher durante toda sua vida a serviços de atendimento à saúde, à informação e a serviços conexos adequados, de baixo custo e boa qualidade

Medidas que devem ser adotadas

106. Medidas que os governos, em colaboração com as organizações não governamentais e organizações de empregadores e trabalhadores, e com o apoio das instituições internacionais, devem adotar:

[...]

k) [...] Nos casos em que o aborto não é ilegal, ele deve ser praticado em condições seguras. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos. Serviços de orientação, educação e planejamento familiar pós aborto devem ser oferecidos prontamente à mulher [...] considerar a possibilidade de rever as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais.

73. Desta forma, a garantia fundamental à saúde e o dever do Estado de promovê-la, previstos na Constituição Federal, demandam interpretação que prestigie a especificidade dos direitos sexuais e reprodutivos. Neste contexto, e conforme demonstrado anteriormente, emerge o direito e o acesso ao aborto enquanto necessidades de saúde.

74. Na hipótese específica que orienta o caso em tela, a interrupção da gestação

³⁶ 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências.



mostra-se como mecanismo a respeito do qual se responsabiliza o Estado, na medida em que, no exercício da prerrogativa legislativa, embora tenha tipificado o aborto como crime, compreendeu a gestação decorrente de estupro como hipótese que justifica a exceção à regra.

75. Conseqüentemente, se é incumbência estatal a garantia do acesso ao aborto legal, a sua recusa representa direta violação ao direito à saúde, notadamente no que tange aos direitos sexuais e reprodutivos de meninas e mulheres.

76. **Ocorre que a negativa de acesso ao abortamento se dá não apenas diante da recusa na realização do procedimento, em sentido estrito, mas também reside na imposição de barreiras ao exercício desse direito.**

27

77. Dentre estes entraves está a estipulação de exigências que não encontram fundamento no ordenamento legal ou em evidências científicas. Dados de estudo em que avaliados 68 serviços de aborto legal revelam que 14% afirmaram solicitar boletim de ocorrência; 8% serviços requeriam laudo do Instituto Médico Legal; 8% pediam alvará judicial; 11% deles solicitavam parecer do Comitê de Ética institucional; e 8% serviços ativos requeriam despacho do Ministério Público.³⁷

78. A Organização Mundial da Saúde rechaça a imposição de procedimentos desnecessários ao exercício do direito ao aborto legal, bem como ressalta os danos decorrentes de exigências como as descritas anteriormente:

3.3.5.5 Necessidades especiais no caso de mulheres vítimas de estupro
As mulheres grávidas em decorrência de estupro precisam ser tratadas com especial sensibilidade, e todos os níveis do sistema de saúde devem estar capacitados para oferecer atendimento e apoio emocional apropriados. As normas e padrões para realizar o abortamento nesses casos devem estar elaborados, devendo os provedores de saúde e os

³⁷ Idem.



policiais receber treinamento apropriado. **Estes padrões não devem impor procedimentos administrativos nem judiciais desnecessários, tais como obrigar a mulher a denunciar ou a identificar o estupro.**
[...].
[...]

4.2.1.3 Quando a gravidez é decorrente de estupro ou incesto

A proteção da mulher de tratamento cruel, inumano e degradante exige que aquela que engravidar como resultado de atos sexuais coagidos ou forçados possa ter acesso aos serviços de abortamento. Quase 50% dos países reflete esse padrão e permite o abortamento no caso específico de estupro, ou mais geralmente, quando a gravidez é resultado de um ato criminoso, como no caso de incesto. **Alguns países requerem, como evidência, que a mulher denuncie esse ato às autoridades. Outros requerem evidência forense de penetração sexual ou uma investigação policial que avalie que o ato sexual foi involuntário ou abusivo. As demoras decorrentes desses requisitos podem resultar na negação desses serviços à mulher por ter sido ultrapassado o limite de idade gestacional estabelecido pela lei. Em muitos contextos, a mulher que foi vítima de estupro pode ter medo de ser estigmatizada pela polícia e outros, evitando, portanto, denunciar o estupro e impedindo, dessa forma, seu acesso ao abortamento legal. Qualquer uma dessas duas situações pode levar a mulher a procurar os serviços clandestinos e inseguros para interromper sua gravidez. É preciso que sejam prestados serviços rápidos de abortamento seguro com base na denúncia da mulher e não exigir evidências forenses ou perícia policial. Os requisitos administrativos devem ser minimizados e devem ser estabelecidos protocolos claros, tanto para a polícia quanto para os prestadores de serviços de saúde, pois isso facilitará a derivação e o acesso ao serviço.**
(grifos nossos)

28

79. Nesta perspectiva, observa-se a criação de empecilhos, seja mediante decisão institucional da rede de saúde que presta o atendimento, seja em decorrência da condução do profissional que procede ao acolhimento. Independentemente da origem, o que se verifica é o excesso de entraves a ponto de equiparar-se à negativa de realização do aborto.

80. No caso em tela, a obstaculização do acesso a este direito decorre da imposição do dever da equipe médica informar “*acerca da possibilidade de visualização do feto ou*



embrião por meio de ultrassonografia”.³⁸ Isso porque, além de representar mais uma etapa de um processo de intervenção, tornando-o mais complexo, representa uma barreira que, no emprego de artifícios tecnológicos de forte impacto psicológico, fragiliza-a em sua convicção.

81. Ou seja, uma vez que a possibilidade é aventada pela equipe médica – e diante da inevitável desigualdade de poderes entre os profissionais de saúde e os pacientes, relação que será aprofundada no tópico sobre vedação à tortura – trata-se de mecanismo que interfere diretamente na autonomia da mulher, posto que busca a sua desistência, em evidente violação à sua convicção.

82. Ressalte-se, não se intenta vedar o acesso à informação ou à realização de exames e procedimentos que são garantidos, mas se questiona a obrigatoriedade de que os profissionais de saúde proponham a ultrassonografia para visualização do feto ou embrião, tendo em vista as relações de poder que resultam em sentimentos de autoridade e impotência.

83. Além da burocratização no exercício pleno do direito à interrupção da gestação nas já mencionadas hipóteses legais, há, ainda, que se compreender outro aspecto que afeta diretamente o direito e acesso ao aborto no país.

84. Trata-se do deslocamento de mulheres e meninas gestantes – incluindo aquelas vítimas de violência sexual e até mesmo aquelas que abortam espontaneamente – à posição de permanente suspeição, o que é consequência direta da criminalização do aborto.

³⁸ Art. 8º Na segunda fase procedimental, descrita no art. 4º desta Portaria, a equipe médica deverá informar acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, caso a gestante deseje, e essa deverá proferir expressamente sua concordância, de forma documentada.



85. Em outras palavras, a tipificação do aborto enquanto crime cria uma esfera de descrença em torno das narrativas de mulheres, de modo que o relato de violência sexual – aspecto que importa ao escopo da presente ação – acaba por ser submetido à avaliação da credibilidade do relato das vítimas. Nos termos do parecer emitido por Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas, e submetido à ADI 5581:

[...] Em localidades onde o aborto é criminalizado, "a ameaça abrangente de serem investigadas, julgadas e punidas dentro do sistema de justiça criminal tem impactos negativos significativos sobre a saúde emocional e bem-estar de ambas aqueles que procuram abortos e aqueles que não."³⁹ Além disso, "[a] negação do aborto seguro e a sujeição de meninas e mulheres a atitudes humilhantes e de julgamento em tais contextos de extrema vulnerabilidade, onde serviços de saúde em tempo hábil são essenciais, configuram tortura ou maus tratos."⁴⁰

30

86. Este juízo, inclusive, embora seja típico das instituições investigativas, as quais observam a situação nela interveem sob a perspectiva do crime, não se encerra nas autoridades policiais, posto que acaba por ser reproduzido no sistema de saúde, em detrimento do sigilo profissional que deveria orientar o acolhimento nestes locais.

87. Este cenário, ressalte-se, subsiste mesmo sendo crime a violação ao segredo profissional, bem como diante da ilicitude da prova apresentada à qual o denunciante apenas possui acesso em virtude do exercício da profissão.⁴¹

88. Diante deste contexto de desconfiança, mulheres receiam buscar atendimento médico ou mesmo deixam de procura-lo, inclusive aquelas, conforme anteriormente mencionado, cujo processo de abortamento sequer configura ou configuraria crime.

³⁹ Ver Relator Especial sobre o direito ao mais elevado nível possível de saúde física e mental, A/66/254 (2011) parágrafo 36.

⁴⁰ Ver Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, A/HRC/31/57 (2016), parágrafo 44.

⁴¹ A ilicitude desta prova, inclusive, fora reconhecida em decisão proferida, em março de 2018, pela 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em:



Situação esta que agrava a já fragilizada assistência integral à saúde de meninas e mulheres.

89. Desta forma, é indispensável a compreensão de que – conforme exposto alhures – aborto é uma necessidade de saúde. **Sendo, portanto, relevante distinguir hospitais de delegacias, na medida em que a confusão destas instituições gera danos, diante da lógica discrepância entre suas funções e objetivos.**

90. Em linhas gerais, se aqueles se ocupam com acolhimento, cuidado e tratamento a partir de demandas de saúde, estes tratam de investigação, encarceramento e punição de condutas reguladas pelo Estado; atividades díspares.

91. A este respeito destaca-se, ainda, que – conforme dados estatísticos apresentados no tópico IV – a maior parcela das pessoas violentadas sexualmente são meninas, sendo as redes de saúde os locais de compreensão e desmantelo desta violência. Isso porque, predominantemente, seus agressores estão próximos, familiares ou não, e se valem de artifícios de amedrontamento que funcionam como silenciadores destas vítimas.

92. Portanto, tem-se que o deslocamento da centralidade da atenção ao abortamento, da saúde ao controle policial – tal como a imposição de condições desfundamentadas – representa um obstáculo ao exercício do direito e acesso ao aborto legal no país.

93. No que diz respeito ao instrumento impugnado, observa-se que a recusa ao acesso ao abortamento legal – em consequente e frontal violação ao direito à saúde – por meio da imposição de barreiras ao centralizar o controle policial em detrimento do cuidado de meninas e mulheres, se concretiza nos termos do art. 1º da Portaria nº



2.282⁴².

94. Isso porque o dispositivo em comento torna obrigatória a notificação à autoridade policial, por parte da equipe médica, nas situações em que esta identifique indícios ou confirmação do crime de estupro, quando da acolhida de pacientes. Além disso, determina a coleta, por estes mesmos profissionais, de evidências materiais do crime de estupro

95. Ou seja, há evidente desvirtuamento do caráter de procedimento de saúde do abortamento, tornando-o obrigatoriamente objeto de controle e persecução penal.

96. Além dos prejuízos já descritos sobre a imposição de obstáculos ao exercício do aborto legal que resulta na recusa de acesso ao procedimento, há que se ressaltar que estas barreiras violam não apenas o direito à saúde, como também o dever do Estado em garantir *“acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

32

97. Sob outra perspectiva, destaca-se, ainda, que a própria qualificação dos profissionais de saúde – orientada à atenção integral à saúde e não à eventual investigação criminal – torna temerária a atribuição do dever de preservar evidências do crime de estupro.

98. Nesta perspectiva, verifica-se a concreta violação à garantia fundamental à saúde, especialmente no que tange à saúde sexual e reprodutiva, e ao dever estatal em

⁴² Art. 1º É obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolheram a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro.

Parágrafo único. Os profissionais mencionados no caput deverão preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012.



promove-la.

99. A garantia à saúde dos cidadãos, inclusive, é reflexo direto da própria proteção à dignidade da pessoa humana, **princípio fundamental expressamente consignado na Constituição brasileira**.⁴³ A estrita relação entre o direito à saúde e a dignidade de pessoa humana deriva do pressuposto de que a garantia de condições de acesso à saúde de forma plena é requisito para o usufruto de uma a vida digna.

100. Portanto, diante de todo o exposto, há que se reconhecer que os arts. 1º, *caput* e parágrafo único, e 8º, da Portaria nº 2.282 do Ministério de Estado da Saúde, violam preceitos fundamentais, na medida em que, ao negarem acesso ao aborto legal, confrontam diretamente as garantias constitucionais à saúde e à vida.

a) Da plena garantia do direito à saúde mediante observância do segredo profissional – proteção à intimidade e à privacidade – art. 5º, X, da Constituição Federal.

101. Ainda sob a perspectiva do direito fundamental à saúde, do decorrente dever estatal de protegê-la e promovê-la e da inviolabilidade da vida, já devidamente abordados, há que se considerar a violação do segredo profissional como uma das faces da mácula a estes mesmos preceitos fundamentais.

102. A violação ao segredo profissional é crime tipificado no art. 154, do Código Penal, e consiste na conduta de revelar, *“sem justa causa, segredo, de que tem ciência em*

⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;



razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”
e é punível com pena de detenção ou multa.

103. Percebe-se que o segredo profissional – o qual orienta o exercício profissional, posto que a violação constitui crime – não se restringe aos profissionais de saúde, abrangendo também os profissionais de outras áreas que também possuem acesso a informações privadas dos pacientes, como é o caso das pessoas que exercem atividades administrativas nos serviços de saúde.

104. Desta forma, diante da tipificação penal, os códigos de ética regulamentam os direitos, deveres e vedações dela decorrentes. Por exemplo, conforme se depreende do Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.931/09 – regramento que orienta o exercício da profissão, são deveres médicos proteger a dignidade e garantir a confidencialidade da paciente, uma vez que lhes é vedado:

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, **desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma** ou sob qualquer pretexto.

[...]

Art. 73. **Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão**, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. **Permanece essa proibição:** a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) **na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.**

(grifos nossos)

105. As mesmas diretrizes são reproduzidas no Código de Ética dos Profissionais de



Enfermagem que, em seus arts. 81 e 82,⁴⁴ trata o sigilo profissional enquanto direito e dever no âmbito do exercício da profissão.

106. Isto é, além do caráter de crime e de encargo, o segredo profissional também possui a dimensão de garantia à própria atividade. Em outras palavras, trata-se da proteção à liberdade profissional, a qual é frontalmente violada, na medida em que o ato impugnado cria obrigações *contra legem* que impactam diretamente no exercício da profissão.

107. O segredo profissional, portanto, inserido no âmbito da normatização criminal do Estado, bem como da regulamentação do exercício das profissões relacionadas à saúde, reflete a própria inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

35

108. Conseqüentemente, a observância do direito das pacientes ao tratamento digno e à proteção de sua intimidade é, na verdade, condição para o pleno exercício do direito à saúde – mais especificamente, delineado o contexto da presente ação, à saúde sexual e reprodutiva.

109. Isso porque, diante da ameaça de exposição de informações particulares e

⁴⁴ Art. 81 - Abster-se de revelar informações confidenciais de que tenha conhecimento em razão de seu exercício profissional a pessoas ou entidades que não estejam obrigadas ao sigilo.

Art. 82 - Manter segredo sobre fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional, exceto casos previstos em lei, ordem judicial, ou com o consentimento escrito da pessoa envolvida ou de seu representante legal.

§ 1º - Permanece o dever mesmo quando o fato seja de conhecimento público e em caso de falecimento da pessoa envolvida.

§ 2º - Em atividade multiprofissional, o fato sigiloso poderá ser revelado quando necessário à prestação da assistência.

§ 3º - O profissional de enfermagem, intimado como testemunha, deverá comparecer perante a autoridade e, se for o caso, declarar seu impedimento de revelar o segredo.

§ 4º - O segredo profissional referente ao menor de idade deverá ser mantido, mesmo quando a revelação seja solicitada por pais ou responsáveis, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, exceto nos casos em que possa acarretar danos ou riscos ao mesmo.



sensíveis, são violadas outras garantias constitucionais – como a intimidade e a privacidade – e prevalecem os sentimentos de medo, hesitação e desconfiança, obstáculos à garantia da atenção integral à saúde.

110. Entretanto, conforme se observa do art. 1º, *caput*,⁴⁵ da Portaria impugnada, há a instituição – por instrumento infralegal – da obrigatoriedade de notificação, por parte da equipe multidisciplinar que atende a mulher ou menina que buscam a interrupção de gestação decorrente de estupro, à autoridade policial, em evidente violação ao sigilo e ao segredo profissionais que orientam o exercício de suas atividades.

111. Portanto, também sob a percepção de que o direito à saúde se manifesta no acesso ao atendimento e acolhimento que garantem a dignidade e a confidencialidade da paciente, há violação de preceito fundamental na obrigatoriedade de notificação instituída pelo *caput* do art. 1º, da Portaria nº 2.282, do Ministério da Saúde.

36

b) Da plena garantia à saúde mediante observância do direito à informação precisa e com base em evidências científicas.

112. A Plataforma de Cairo, bem como a Plataforma de Ação de Pequim, são expressos ao incluir no escopo da saúde sexual e reprodutiva o direito à informação, conforme se depreende dos seguintes excertos:

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 1994

7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte,

⁴⁵ Art. 1º É obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolheram a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro.



que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. **Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei**, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. [...]

7.3 [...] A saúde reprodutiva é motivo de frustração de diversos povos do mundo por causa de fatores tais como: níveis inadequados de conhecimento da sexualidade humana e **informação e serviços inadequados** ou de pouca qualidade na área da saúde reprodutiva; [...].

(grifos nossos)

IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, 1995

94. A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos, e não a mera ausência de enfermidade ou doença. A saúde reprodutiva implica, assim, a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco, a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. **Essa última condição implica o direito para o homem e a mulher de obter informação sobre métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar e de ter acesso aos de sua escolha, assim como a outros métodos por eles escolhidos para regularização da fertilidade, que não estejam legalmente proibidos**, e o direito de acesso a serviços apropriados de atendimento à saúde que permitam às mulheres o acompanhamento seguro durante a gravidez, bem como partos sem riscos, e dêem aos casais as melhores possibilidades de terem filhos sãos. [...].

[...]

97. [...] A maioria dos óbitos, problemas de saúde e lesões podem ser evitados, mediante a melhoria do acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, métodos de planejamento familiar eficazes e sem riscos e atenção obstétrica de emergência, que reconheçam o **direito de mulheres e homens à informação e ao acesso a métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos lícitos que decidam adotar para o controle da fecundidade e o acesso a serviços adequados de atendimento à saúde**, propícios a que a gravidez e o parto transcorram em condições de segurança e ofereçam aos casais as maiores possibilidades de ter um



filho são.
[...].

(grifos nossos)

113. Isso porque o acesso à atenção integral à saúde e o direito à informação são indissociáveis, de modo que o primeiro apenas se concretiza quando o segundo é garantido. Em outras palavras, é inconcebível o pleno exercício do direito fundamental à saúde se o fornecimento de informações se dá de forma limitada ou equivocada.⁴⁶

114. Especificamente no que diz respeito ao acesso à informação no âmbito do aborto legal, a Organização Mundial da Saúde estabelece o seguinte:⁴⁷

Cuidados prévios ao abortamento: **Informações claras, completas e de forma acessível devem ser oferecidas para a mulher.** Elas devem ser **esclarecidas sobre os procedimentos técnicos que serão adotados e o que esperar durante e após o abortamento**, para ajudá-las a tomar uma decisão informada. Também é necessário oferecer orientação sobre o uso de métodos contraceptivos posteriores ao abortamento.

[...]

A rede de serviços sempre deve incluir, no mínimo:

- **informação médica precisa sobre o abortamento de forma que a mulher possa entender e lembrar, bem como aconselhamento não tendencioso**, se a mulher assim o solicitar, para facilitar a tomada de decisão informada;

[...]

4.2.2 Barreiras legais, reguladoras ou administrativas para o acesso ao abortamento seguro no contexto dos direitos humanos. [...]Exemplos de barreiras: [...] **censurar, ocultar ou distorcer intencionalmente as informações ligadas à saúde;** [...]

[...]

⁴⁶ Inclusive, a Plataforma de Cairo, diante da relevância do acesso à informação no bojo do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, determinou serem objetivos “a) assegurar que informação completa e concreta e toda uma série de serviços de assistência à saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar, sejam acessíveis, permissíveis, aceitáveis e convenientes a todo usuário; e b) possibilitar e apoiar decisões voluntárias responsáveis sobre gravidez e métodos de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de sua escolha para o controle da fecundidade, que não contrariem a lei, e tenha a informação, educação e meios de o fazer”.

⁴⁷ Organização Mundial da Saúde. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde – 2ª ed. 2013. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7



4.2.2.7 Censurar, ocultar ou distorcer intencionalmente as informações ligadas à saúde. A mulher **tem direito a estar totalmente informada** sobre suas opções para receber um atendimento médico por pessoal devidamente capacitado, incluindo as informações sobre possíveis benefícios e efeitos adversos dos procedimentos propostos e sobre as alternativas disponíveis. **Censurar, ocultar ou distorcer intencionalmente as informações sobre os serviços de abortamento pode ter como consequência a falta de acesso aos serviços ou demoras que aumentam os riscos para a saúde da mulher.** O fornecimento de informações é uma parte fundamental dos serviços de abortamento de qualidade.

As informações devem ser completas, exatas e fáceis de entender, e devem ser fornecidas de forma a ajudar a mulher para que possa dar livremente seu consentimento informado, bem como respeitar sua dignidade, garantir sua privacidade e confidencialidade, e levar em conta suas necessidades e pontos de vista [...]

(grifos nossos)

39

115. O direito à informação, circunscrito no direito à saúde sexual e reprodutiva, portanto, mostra-se violado pela Portaria ora impugnada, conforme se demonstrará.

116. Conforme mencionado anteriormente, a Portaria nº 2.282, do Ministério da Saúde, editou o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que deve ser subscrito pela mulher ou responsável legal da menina que buscam acesso ao aborto legal decorrente de violência sexual. A alteração em comento trata-se da inserção do seguinte texto:

Faz-se necessário trazer o detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento previsto em lei:

- a) Abortamento medicamentoso, antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:
 - Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;
 - Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;
- b) A partir das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:



- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Infecção ou lesão no útero;

c) Aborto cirúrgico - Antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;

d) Após 14 semanas de gravidez, os principais riscos de aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Sangramento muito intenso;

- Infecção;

- Lesão no útero ou entrada no útero (colo do útero);

Declaro estar esclarecida acerca do risco de morte conforme a idade gestacional em que me encontro.

* Os riscos apontados têm como base os protocolos da Organização Mundial de Saúde - OMS (Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde - 2ª ed. 1. Aborto induzido. 2.Cuidado pré-natal. 3.Bem-estar materno. 4.Política de saúde. 5.Guia - ISBN 978 92 4 854843 7), bem como do National Health Service - NHS, disponível em: <<https://www.nhs.uk/conditions/abortion/risks/>>.

117. Ocorre que, em que pese justifique o acréscimo do que considera ser “detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento” em protocolos da Organização Mundial da Saúde, os dados inseridos são selecionados com o intento de intimidar e desinformar a população amparada pelo aborto legal.

118. Isto é, o que se verifica do excerto incluído é o superdimensionamento dos riscos, na medida em que (i) não informa a sua preponderância e (ii) não os coteja com os perigos decorrentes da sua não realização, no caso, do prosseguimento da gestação e do parto.



119. Quanto ao primeiro aspecto, há que se considerar que a não indicação da prevalência dos riscos indicados representa tem o condão de superestimá-los, levando a crer que são mais frequentes do que realmente são.

120. O texto mencionado na redação do Anexo V trata da mera tradução de documento do National Health Service – NHS, disponível apenas em inglês em URL informada no próprio anexo⁴⁸. Ocorre que, muito embora a taxa de ocorrência destas complicações se encontre expressa no texto, estas informações não foram disponibilizadas no Termo de Consentimento alterado pela Portaria impugnada.

121. Desta maneira, em tradução livre, os riscos mencionados possuem os seguintes índices de incidência:

41

- a. Abortamento medicamentoso, antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:
 - Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: **isso acontece com cerca de 70 em cada 1.000 mulheres**
 - Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse: **isso acontece com cerca de 1 em cada 1.000 mulheres**
- b. A partir das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:
 - Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: **cerca de 13 em cada 100 mulheres**
 - Infecção ou lesão no útero: **isso acontece com um pequeno número de mulheres**

⁴⁸ <https://www.nhs.uk/conditions/abortion/risks/>



- c. Aborto cirúrgico - Antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto cirúrgico são:
- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: **isso acontece com cerca de 35 em cada 1.000 mulheres**
 - Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse: **isso acontece com cerca de 1 em cada 1.000 mulheres**
- d. Após 14 semanas de gravidez, os principais riscos de aborto cirúrgico são:
- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: **cerca de 3 em cada 100 mulheres**
 - Sangramento muito intenso: **entre 1 e 10 a cada 100 mulheres**
 - Infecção: **isso acontece com um pequeno número de mulheres**
 - Lesão no útero ou entrada no útero (colo do útero): **isso acontece com um pequeno número de mulheres**

42

122. Ou seja, muito embora a ampla maioria represente situações de rara prevalência, a supressão proposital destes dados faz com que os riscos sejam superestimados, gerando pânico sem qualquer razão científica para tanto.

123. No que diz respeito ao segundo aspecto, ressalta-se, por exemplo, que o risco de morte associado ao parto é aproximadamente 14 vezes maior do que o de um aborto realizado de forma segura, ou seja, provido por profissionais da saúde e com métodos recomendados pela OMS.⁴⁹

⁴⁹ RAYMOND, Elizabeth et al. The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States. *Obstetrics and gynecology*, 2012. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22270271/>.



124. Outro fator, que reflete a descontextualização dos riscos elencados, é o dado de que as complicações da gravidez e do parto são as principais causas de morte em mulheres jovens de 15 a 19 anos em todo o mundo. Os riscos de morte materna são menores para mães no final da adolescência e início 20 anos, e maiores para meninas que dão à luz antes dos 15. Em países de baixa e média renda, o risco de morte materna para grávidas adolescentes, com 15 anos ou menos, é o dobro do que entre as mulheres mais velhas.⁵⁰

125. Ressalte-se, ainda, o perigo de efeitos psicológicos adversos iniciais, o qual é superior no grupo de mulheres submetidas à negativa do acesso ao abortamento do que na parcela de mulheres que puderam realizar o aborto, conforme demonstrado por estudo comparativo realizado nos Estados Unidos.⁵¹

43

126. Isto é, sob o pretexto de comunicar riscos, desinforma e amedronta as mulheres. Isso porque a seleção de dados é operada de forma enviesada – embora seja colocada como imparcial – manipulando e obstando o livre exercício da convicção e da autonomia da vítima de violência sexual ou de seus tutores.

127. Portanto, tendo em vista que o acesso à informação completa e cientificamente fundamentada é uma das dimensões do próprio direito fundamental à saúde, bem como que a Portaria, nos termos do que descritos anteriormente, seleciona dados que, ao fim, acabam por desinformar e intimidar mulheres, meninas e seus tutores, há que se reconhecer a violação a preceito fundamental também no bojo do Anexo V – Termo

⁵⁰ Pan American Health Organization, United Nations Population Fund, and United Nations Children's Fund. Accelerating progress toward the reduction of adolescent pregnancy in Latin America and the Caribbean: report of a technical consultation. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34493/9789275119761-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1>.

⁵¹ BIGGS, Antonia et al. Women's Mental Health and Well-being 5 Years After Receiving or Being Denied an Abortion: A Prospective, Longitudinal Cohort Study. JAMA Psychiatry, 2017. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27973641/>



SOCIALISMO
E LIBERDADE
PSOL 50



De Consentimento Livre E Esclarecido para interrupção de gravidez resultante de estupro.

VII.2. DA VEDAÇÃO À TORTURA E AO TRATAMENTO CRUEL, DESUMANO OU DEGRADANTE

128. A partir do marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu Artigo V, assevera que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, a Constituição Federal previu como garantia fundamental – art. 5º, III – a vedação à tortura e do tratamento desumano ou degradante.

44

129. A proibição da tortura, de acordo com o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos⁵² e com a Convenção Contra a Tortura⁵³, trata-se, ainda, de direito não-derrogável, sendo inadmissível a sua supressão ou a invocação de exceções que a justifiquem, conforme

130. Em parecer submetido a este c. Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 5581, titulares de mandatos de procedimentos especiais independentes do Conselho

⁵² ARTIGO 4

[...]

2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18.

[...]

ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

⁵³ ARTIGO 2º

[...]

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura.



de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁵⁴ avaliaram a negativa de serviços de aborto sob o marco da absoluta proibição da tortura e de outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante.

131. Nesta perspectiva, o parecer parte da premissa de que a prática de tortura⁵⁵ e maus-tratos não se limita aos atores estatais, bem como que os Estados devem proibir e prevenir tais práticas e reparar os danos delas decorrentes em todos os contextos de custódia ou controle, incluídas as instituições sanitárias. É salientado, ainda, que o *“contexto de serviços de saúde tem sido identificado como de risco particular para mulheres e meninas”*.

132. Ao apreciar circunstâncias em que a recusa em garantir os serviços de abortamento pode configurar prática de tortura, tendo em vista o sofrimento imposto às pessoas que deles necessitam, os relatores apontaram que:

Os mecanismos de direitos humanos também têm identificado regularmente violações da proibição da tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante quando serviços de aborto são negados em casos de estupro e incesto.⁵⁶ O Comitê contra

⁵⁴ Membros eleitos signatários do parecer: Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Sr. Juan Mendez; Relatora Especial sobre violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Sra. Dubravka Simonovic; Grupo de Trabalho sobre discriminação contra mulheres na lei e na prática, Sr. Alda Facio, Relatora-Presidente, Sra. Emna Aouij, Sra. Kamala Chandrakirana, Sra. Frances Raday, Sra. Eleonora Zielinska; Relator Especial sobre o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, Sr. Dainius Puras; a Relatora especial sobre direitos das pessoas com deficiência, Sra. Catalina Devandas-Aguilar.

⁵⁵ O parecer em comento parte da definição de tortura enquanto *“[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”*. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Artigo 1.

⁵⁶ Ver Comitê contra a Tortura, A/54/38/Rev. 1, CAT/C/BOL/CO/2, CAT/C/PRY/CO/4-6, CAT/C/SLE/CO/1, CAT/C/POL/CO/5-6, CAT/C/PER/CO/5-6, CAT/C/KEN/CO/2, CAT/C/NIC/CO/1, CAT/C/POL/CO/5-6, CAT/C/PER/CO/4.



a Tortura observou que para sobreviventes de estupro ou incesto, além do trauma inicial do evento, uma gravidez resultante do ato "*implica exposição constante à violação cometida contra ela e provoca estresse traumático e grave e um risco de problemas psicológicos de longa duração, como ansiedade e depressão*".⁵⁷ Nestes casos, "*as mulheres em questão são constantemente lembradas da violação cometida contra elas, o que causa estresse sério e traumático e carrega um risco de problemas psicológicos duradouros*".⁵⁸ O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra Mulheres também reconheceu explicitamente o sofrimento mental de uma menina que foi estuprada, ficou grávida como resultado e, posteriormente, tentou suicídio, sofrendo ferimentos graves que eventualmente resultarem em paralisia, ao analisar um caso de violação da Convenção relacionada à negação de serviços de aborto.⁵⁹ [...]

As conclusões do Comitê de Direitos Humanos em *VDA v. Argentina* e do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra Mulheres em *L.C. v. Peru* indicaram que a idade da menina no momento da gravidez, **bem como seu status como sobreviventes de violência sexual tornou-as mais vulneráveis ao intenso sofrimento mental que elas vivenciaram em função das gestações**.⁶⁰ [...] o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres ainda especificou recomendação ao Estado para que "[r]evise as suas leis com fim de estabelecer um mecanismo para acesso efetivo ao aborto terapêutico em condições que protejam a saúde física e mental das mulheres."⁶¹

(grifos nossos)

46

133. Portanto, a **negativa do acesso ao aborto em caso de gestação decorrente de violação sexual** – na medida em que promove a revitimização de mulheres e meninas, que são obrigadas a reviver e a lidar com as consequências da violência sofrida – **configura prática de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante**.

⁵⁷ Ver Comitê contra a Tortura, CAT/C/NIC/CO/1.

⁵⁸ Ver Comitê contra a Tortura, CAT/C/PRY/CO/4-6.

⁵⁹ Ver Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra Mulheres, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009, parágrafo 8.15.

⁶⁰ Ver Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009, parágrafo 8.15; Comitê de Direitos Humanos, *V.D.A. v. Argentina*, CCPR/C/101/D/1608/2007, parágrafo 9.2.

⁶¹ Ver Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009, parágrafo 9(b)(i).



134. Assim, e em referência ao que asseverado no tópico VII.1 a respeito da obstaculização ao exercício do direito ao aborto legal enquanto situação que se equipara à negativa de acesso – seja mediante imposição de barreiras, seja mediante centralização da questão no âmbito do controle policial – é necessário compreender a dimensão da tortura e do tratamento cruel, desumano ou degradante, presente na determinação impugnada na presente arguição.

135. Isto é, conforme demonstrado anteriormente, a exigência de condições desfundamentadas jurídica e cientificamente, bem como o tratamento do aborto como uma questão policial e não como necessidade de saúde – conforme se verifica dos arts. 1º e 8º da Portaria impugnada – na medida em que prejudicam o acesso a direitos sexuais e reprodutivos previstos em lei, resultam em violação aos preceitos fundamentais de saúde e de inviolabilidade da vida.

47

136. Assim, afora a violação aos direitos fundamentais à saúde e à vida digna, percebe-se que estes mesmos dispositivos, nos termos do parecer supratranscrito, ao negarem acesso ao aborto legal, impõe sobre meninas e mulheres práticas torturantes e/ou a submissão a tratamento cruel, desumano ou degradante.

137. Além da caracterização da negativa de acesso ao aborto como tortura, pelo mesmo motivo outro aspecto das inovações do instrumento ora impugnado se destaca. Trata-se da determinação contida no art. 8º da Portaria nº 2.282, do Ministério da Saúde.⁶²

138. O dispositivo em comento torna obrigatória a informação, por parte da equipe médica – independentemente de prévio questionamento da paciente ou de seu

⁶² Art. 8º Na segunda fase procedimental, descrita no art. 4º desta Portaria, a equipe médica deverá informar acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, caso a gestante deseje, e essa deverá proferir expressamente sua concordância, de forma documentada.



responsável legal – sobre a possibilidade de realização de ultrassonografia para visualização do feto ou embrião.

139. Esta disposição, embora seja descrita como mero fornecimento de informação a respeito da faculdade na realização de determinado exame, precisa ser interpretada sob dois enfoques, (i) a relação de poder entre profissional de saúde e paciente, e (ii) os objetivos e efeitos do exame em referência sobre a integridade física e psicológica da paciente.

140. No que tange ao primeiro aspecto, o parecer já mencionado, de Grupo de Trabalho da ONU, destaca o seguinte:

Ao avaliar o tratamento cruel, desumano ou degradante, o Relator Especial chama atenção especial para a **impotência da vítima**, indicando que este é "*o critério decisivo para distinguir a tortura de um tratamento cruel, desumano e degradante.*"⁶³ O Relator Especial tem afirmado que o conceito de impotência é relevante em contextos médicos, onde os **pacientes são "dependentes dos trabalhadores de saúde que lhes fornecem serviços."** Este conceito foi mais elaborado em relação aos aspectos de tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante que sejam relacionados ao gênero:

O elemento de impotência também permite que o status específico da vítima seja levado em consideração, tais como sexo, idade e saúde física e mental, e em alguns casos também a religião, que podem tornar uma pessoa impotente em um determinado contexto. A indiferença de uma sociedade ou mesmo o suporte ao **status de subordinação das mulheres**, juntamente com a existência de leis discriminatórias e um padrão de falha do Estado em punir autores e proteger vítimas, criam as **condições em que mulheres podem ser submetidas a sofrimento sistemático físico e mental, apesar de sua aparente liberdade de resistir.**⁶⁴

[...]

As **mulheres que procuram cuidados de aborto são particularmente sensíveis ao sofrimento grave devido à sua vulnerabilidade**, que faz parte da sua "impotência", um dos aspectos

⁶³ Ver Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, E/CN.4/2006/6 (2005), parágrafo 39.

⁶⁴ Ver Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, A/HRC/7/3 (2008) parágrafo 29.



a ser considerado na determinação de tratamento cruel, desumano ou degradante. O Relator Especial sobre a Tortura observou que "*os profissionais de saúde tendem a exercer a autoridade considerável sobre os clientes, colocando mulheres em uma posição de impotência, e por sua vez a falta de estruturas legais e políticas que efetivamente capacitem mulheres para exigir seu direito de acesso aos serviços de saúde reprodutiva aumentam a sua vulnerabilidade à tortura e maus-tratos.*"⁶⁵ Além disso, o Comitê Contra a Tortura tem expressado que as **mulheres são particularmente vulneráveis em situações relacionadas às suas decisões reprodutivas.**⁶⁶

(grifos nossos)

141. Deste excerto se extrai elementos-chave para compreensão da situação em tela. Isto é, a partir de aspectos tais como (i) o contexto social de submissão em virtude de gênero; (ii) a impotência da mulher que busca o aborto legal, já fragilizada pela violência sexual sofrida; e (iii) a condição de dependência, submissão e impotência diante da autoridade do profissional de saúde, é possível interpretar a medida em comento.

49

142. Diante destas disparidades, **a informação da possibilidade da realização de ultrassonografia não se encerra no mero dever de informar**, mas, na realidade – uma vez que se trata de proposta que parte do profissional de saúde, autoridade neste cenário – opera enquanto forma de coação, fragilização e intimidação de mulheres, meninas e seus tutores.

143. Isso porque, e aqui reside o segundo aspecto, a visualização de feto ou embrião previamente ao aborto induzido de gestação decorrente de estupro – além de ter como intuito o incentivo à renúncia ao procedimento – intensifica o sofrimento que parte da própria exposição constante à violação cometida, com risco de problemas psicológicos

⁶⁵ Ver Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, A/HRC/31/57 (2016), parágrafo 42

⁶⁶ Ver Comitê contra a Tortura, Comentário Geral No. 2 sobre a implementação do Artigo 2 pelos Estados-partes, parágrafo 22.



duradouros.

144. Assim, além do fato de que ultrassonografias não são rotineiramente necessárias para realização de um aborto,⁶⁷ diversos estudos têm concluído que a exigência de oferta de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia antes do aborto não é informação médica necessária para consentimento livre e esclarecido, **mas sim estratégia de coação de meninas e mulheres a não realizarem um aborto.**⁶⁸

145. Ultrassonografias frequentemente enquadram embriões e fetos visual e linguisticamente como pessoas, e assim reforçam um julgamento moral hegemônico que pode ser usado para dissuadir meninas e mulheres de seguirem adiante com o aborto legal.

50

146. A inflição, portanto, de dores ou sofrimentos agudos, decorrente da sugestão-imposição da visualização por meio de ultrassonografia, trata-se de forma de tortura ou de tratamento cruel, desumano ou degradante, motivo pelo qual, também por este aspecto, o art. 8º do ato impugnado representa violação de preceito fundamental.

VII.3. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ABUSO DO PODER

⁶⁷ Um exame físico para avaliar o tamanho do útero, a avaliação da última menstruação e o reconhecimento dos sintomas da gravidez são geralmente adequados e suficientes. World Health Organization. Medical management of abortion. 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/278968/9789241550406-eng.pdf?ua=1>

⁶⁸ Coe, Cynthia; Altman, Matthew. Mandatory Ultrasound Laws and the Coercive Use of Informed Consent. Society for Philosophy and Technology Quarterly Electronic Journal, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271240150_Mandatory_Ultrasound_Laws_and_the_Coercive_Use_of_Informed_Consent

Kimport, Katrina; Johns, Nicole E.; Upadhyay, Ushma D. Coercing Women's Behavior: How a Mandatory Viewing Law Changes Patients' Preabortion Ultrasound Viewing Practices. J Health Polit Policy Law, 2018. Disponível em: <https://read.dukeupress.edu/jhpppl/article-abstract/43/6/941/135372/Coercing-Women-s-Behavior-How-a-Mandatory-Viewing>



REGULAMENTAR – ART. 5º, II

147. Por fim, há que se considerar, ainda, a violação ao princípio da legalidade, tendo em vista o emprego de instrumento regulamentar para instituir obrigações, em uma espécie de atuação legiferante que extrapola os poderes e competências de Ministro de Estado da Saúde.

148. O Ministério da Saúde, órgão da administração pública federal direta, tem competência para organizar e elaborar planos e políticas públicas voltados para a promoção, a prevenção e a assistência à saúde dos brasileiros. Tem como missão institucional não só a promoção à saúde da população, mas contribuir para a melhoria da sua qualidade de vida e para o seu exercício da cidadania. Para tanto, utiliza-se de seu poder regulamentar para editar atos normativos, ordinatórios, negociais e/ou enunciativos no intuito de se alcançar uma melhor consecução de tais objetivos. Sua competência regulamentadora, por óbvio, é restrita ao que os marcos constitucionais e legais autorizam.

149. Já ao Ministro de Estado da Saúde compete, além de exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal, expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos - também dentro de suas competências (art. 87, parágrafo único, I e II, CF/88) e em estrita observância ao princípio da legalidade.

150. Não cabe ao Ministro ou ao Ministério da Saúde, portanto, organizar a política pública de modo a criar novos obstáculos à fruição de direitos, ou, pior, violar direitos e criar obrigações exorbitantes a profissionais, sob o exercício de sua função administrativa.



151. O abuso do poder regulamentar é, sem dúvida, uma questão constitucional, pois consiste em afronta direta ao que a Constituição exige da atividade regular da administração – que observe o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. Conforme resumem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *“especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade”*⁶⁹.

152. Nesta perspectiva, diante da pretensão de alterar a natureza do sigilo médico, adicionar obrigações funcionais a profissionais de saúde em desconformidade com os parâmetros éticos e legais de seu ofício e acrescentar condicionantes de acesso ao aborto previsto em lei não prescritos pelo Código Penal, deixa de regular tecnicamente a oferta de um serviço de saúde, para alterar os parâmetros legais então vigentes para o acolhimento de vítimas de violência sexual.

153. Ainda mais grave, a Portaria o faz não para aprimorar os mecanismos de acolhimento e otimizar o cumprimento do que já está previsto em lei, mas para tornar essa política menos eficaz – conforme amplamente demonstrado ao longo da presente exordial – submetendo profissionais da saúde, mulheres e meninas à insegurança jurídica.

154. Ao inovar legislativamente, portanto, a portaria ora impugnada acaba por violar o princípio da legalidade, preceito fundamental previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que impõe que, somente em virtude de lei, podem ser criados direitos e obrigações.

155. Isto é, a Portaria faz manifesta inovação jurídica e prevê obrigações a

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.



profissionais da saúde tanto do âmbito privado quanto público, na forma de disposição normativa geral e abstrata, contrariando o princípio da legalidade, conforme leciona o il. doutrinador José Afonso da Silva⁷⁰:

É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição [...] de sorte que a ideia matriz está em que **só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal**, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, **com a consequência de distingui-la da competência regulamentar**.

(grifos nossos).

53

156. O art. 128, II, do Código Penal, não faz qualquer exigência como aquelas amplamente incluídas pela Portaria 2.282/2020 (e, em parte, já presentes na regulamentação anterior, a Portaria de Consolidação nº 5/2017) para a aplicação da excludente de ilicitude. Tampouco a natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes sexuais (art. 225 do CP) impõe a obrigatoriedade de os agentes sanitários (em especial os privados) fazerem as vezes da polícia judiciária, em especial quando a própria vítima se vê objeto da incriminação que a Portaria busca alcançar, invertendo por completo a função dos profissionais da saúde

157. Simultaneamente, a portaria viola ainda os preceitos fundamentais da separação de poderes (art. 2º, caput) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV), ao adentrar em competência legislativa sem autoridade para tal. O princípio da legalidade é fundamento e limite a todo funcionamento do Estado, que deve ser respeitado também pelo Ministério da Saúde:

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 423-424.



Permanece incólume a ideia de lei como instrumento de garantia de direitos fundamentais e como fundamento, limite e controle democráticos de todo o poder no Estado de Direito. O art. 5º, II, da Constituição de 1988, reproduz essa renovada concepção de lei. A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988.

[...]

Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (Rechtsgesetze). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à força normativa da Constituição.⁷¹

54

158. A observância do princípio da legalidade é ainda mais importante diante do risco de que normas editadas fora dos processos deliberativos adequados sobre determinados direitos fundamentais – como o direito à saúde, à dignidade e à vedação de submissão à tortura – podem resultar em situações de incerteza que colocam em xeque esses direitos, esvaziando o seu conteúdo.

159. Nesse sentido entendeu a Ministra Cármen Lúcia na ADPF 532 MC/DF, em que sustentou a inconstitucionalidade de ato normativo secundário da ANS que restringia o direito à saúde, ao afirmar que autorizar entidades administrativas a inovarem na ordem jurídica “é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito”.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.



160. No caso da Portaria nº 2.282/2020, ora questionada, em que se pretende desnaturalizar o ofício constitucional e legal de profissionais da saúde no seu dever de cuidar e criar obstáculos exorbitantes de acesso ao aborto legal, o risco é ainda mais grave – não se trata de insegurança em negócios jurídicos, mas insegurança quanto à proteção à dignidade, integridade física e mental de vítimas de violência sexual e de profissionais de saúde, princípios ainda mais fundamentais ao Estado democrático de direito.

161. Diante de uma Portaria editada pela administração pública em extrapolação de suas competências, de efeitos tão graves, portanto, é possível observar a lesão também aos preceitos fundamentais da separação de poderes (art. 2º, caput), da legalidade (art. 5º, II) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV), todos da Constituição Federal de 1988.

55

VIII – DO PEDIDO LIMINAR

162. Conforme estabelecido no art. 5, §1º, da Lei nº 9.882/99, o Pleno desta Eg. Corte pode conceder liminar *inaudita altera pars* em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, sendo que, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil⁷², faz-se necessário evidenciar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

163. No que diz respeito ao *fumus boni iuris*, verifica-se que a Portaria nº 2.282, do Ministério da Saúde, viola preceitos fundamentais alvo de proteção por esta c. Corte,

⁷² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.



conforme amplamente demonstrado no bojo desta exordial. Isso porque nos excertos que inovam, em comparação à Portaria até então vigente, edita normas que:

- a. Art. 1º, *caput*, e parágrafo único: torna obrigatória a notificação à autoridade policial, por parte dos profissionais de saúde que verifiquem indícios ou confirmação do crime de estupro, bem como a preservação de possíveis evidências materiais do crime de estupro;
- b. Art. 8º: Torna obrigatório o fornecimento da informação, por parte da equipe médica, mesmo não tendo sido questionada, acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia; e
- c. Insere, no texto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido o que entende ser o “*detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento*”.

164. A norma contida no art. 1º resulta em violação aos preceitos fundamentais da saúde, especialmente a saúde sexual e reprodutiva, inclusive na dimensão do direito à saúde que deriva da observância do segredo profissional e da proteção à intimidade e à privacidade; da inviolabilidade do direito à vida; e da vedação à tortura, em virtude da obstaculização do aborto legal.

165. O art. 8º da Portaria, por sua vez, também implica violação aos preceitos constitucionais da saúde e da vedação à tortura e ao tratamento cruel, desumano ou degradante.

166. Por fim, da alteração promovida no texto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido decorre a violação ao preceito fundamental da saúde, especialmente no



que tange à sua garantia plena mediante observação do direito à informação precisa.

167. Assim, uma vez que manifestas as violações perpetradas pela Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, nos termos expostos ao longo da inicial e acima sintetizados, tem-se por cumprido o requisito legal de demonstração da probabilidade do direito que se pretende garantir.

168. No que diz respeito à urgência e ao risco de lesão grave, cabe ressaltar que o ato impugnado tem eficácia imediata, conforme se verifica em seu art. 9º.⁷³ Consequentemente, desde o dia 28.08.2020, quando publicada a Portaria no Diário Oficial da União, o acesso ao direito ao aborto legal tem sido inconstitucionalmente obstado.

57

169. Ocorre que todos os dias meninas e mulheres são vítimas de estupro. Com base nos dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, relativos ao ano de 2018, foram violentadas sexualmente 6 pessoas, do sexo feminino, a cada hora, das quais 4 são crianças de até 13 anos. Ou seja, são 148 mulheres e meninas, por dia, que, estupradas, podem necessitar do acolhimento de saúde para realização do aborto legal.⁷⁴

170. A respeito da incidência de aborto, tem-se o dado de que, no mínimo, 6 meninas de 10 a 14 anos realizam o procedimento diariamente no país; desde 2008 há registro de quase 32 mil abortos nesta faixa etária. Apenas entre os meses de janeiro a meados de agosto do corrente ano, foram ao menos 642 internações. A média anual brasileira é de 26 mil partos de mães com idades entre 10 a 14 anos.⁷⁵

⁷³ Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

⁷⁴ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>.

⁷⁵ Magenta, Matheus; e Alegretti, Laís. Brasil registra 6 abortos por dia em meninas entre 10 e 14 anos estupradas. BBC Brasil, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53807076>



171. Nestas condições, caso não se suspenda imediatamente os dispositivos impugnados, estes – em que pese a manifesta violação de preceitos fundamentais – terão o condão de permanecer produzindo, diariamente, efeitos nefastos a mulheres e meninas. É notório, portanto, o risco da demora.

172. Dessa forma, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores, a concessão de liminar para suspender a eficácia da Portaria nº 2.282, de 27.08.2020, do Ministério da Saúde, tendo em vista que, no que inova, macula preceitos fundamentais.

173. Subsidiariamente, acaso não se entenda pela suspensão do inteiro teor da Portaria, requer sejam suspensos os arts. 1º e 8º, bem como a nova redação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – Anexo V, diante da violação aos preceitos fundamentais demonstrada ao longo da presente ação.

58

IX – DOS PEDIDOS

174. Assim, pelo exposto, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Comunista do Brasil, o Partido Socialista Brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade e o Partido Democrático Trabalhista, respeitosamente, em defesa da saúde e da vida digna de meninas e mulheres, em detrimento de regulamentos estatais violadores de preceitos fundamentais, pugnam que esse e. Supremo Tribunal Federal:

- a. Conheça o presente feito como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou, subsidiariamente como Ação Direta de Inconstitucionalidade, posto que presentes os requisitos para aplicação da fungibilidade.



SOCIALISMO
E LIBERDADE
PSOL 50



- b. Conceda o **pedido de liminar pleiteado**, *inaudita altera pars* e *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia da Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, do Ministério de Estado da Saúde, reestabelecendo os efeitos da Portaria MS Consolidada nº 5/2017, em especial seus art. 694 a 700 (Portaria nº 1508/2005);
- i. Subsidiariamente, requer sejam suspensos os arts. 1º e 8º, bem como a nova redação do Termo de Consentimento Livre a Esclarecido – Anexo V, da Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, do Ministério de Estado da Saúde.
- c. Determine a intimação do Ministro de Estado Interino da Saúde para que apresente suas manifestações; bem como da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República para fins de parecer;
- d. No **mérito**, pugna-se **pela confirmação do pedido liminar**, de modo que seja declarada inconstitucional a Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, reestabelecendo os efeitos da Portaria MS Consolidada nº 5/2017, em especial seus art. 694 a 700 (Portaria nº 1508/2005).
- i. Subsidiariamente, acaso não se entenda pela suspensão do inteiro teor da Portaria, requer sejam suspensos os arts. 1º e 8º, bem como a nova redação do Termo de Consentimento Livre a Esclarecido – Anexo V, diante da violação aos preceitos fundamentais demonstrada ao longo da presente ação.

59

175. Por fim, requer que todas as intimações ocorram no nome de EUGÊNIO



ARAGÃO, OAB/DF 4.935 e, por oportuno, a concessão do prazo para a juntada de instrumento de procuração específica.

Nestes termos, pedem deferimento.

Brasília, 02 de setembro de 2020.

Carolina Freire Nascimento
OAB/DF 59.687

Luciana Boiteux de Figueredo Rodrigues
OAB/RJ 90.530

Sthefani Lara dos Reis Rocha
OAB/DF 54.357

Rachel Luzardo de Aragão
OAB/DF 56.668

Gabriella Souza Cruz
OAB/DF 57.564

Eugênio José Guilherme de Aragão
OAB/DF 4.935

André Brandão Henriques Maimoni
OAB/DF nº 29.498

Paulo Machado Guimarães
OAB/DF 5.358

Rafael de Alencar Araripe Carneiro
OAB/DF 53.078

Felipe Santos Correa
OAB/DF 53.078

Miguel Filipi Pimentel Novaes
OAB/DF 57.469