

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI,
RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 737**

COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR, entidade privada constituída na forma de associação civil sem fins lucrativos (estatuto anexo), inscrita no CNPJ sob nº 20.771.338/0001-54, com sede na Rua Alagoas, nº 1468, Savassi, Belo Horizonte/MG, e **GRUPO CURUMIM GESTAÇÃO E PARTO (GRUPO CURUMIM)**, entidade civil, sem fins lucrativos ou econômicos, com personalidade jurídica de direito privado (estatuto anexo), inscrita no CNPJ sob o nº 24.565.954/0001-00, com sede na Rua Professora Maria da Paz Brandão Alves, nº 63, Casa Forte, Recife/PE, por suas advogadas signatárias (procurações anexas), vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer sejam admitidas suas intervenções na qualidade de **AMICI CURIAE** nos autos do processo em epígrafe, inclusive o direito de realizar sustentação oral, com fundamento no artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99; no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99; no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil e no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno deste E. Supremo Tribunal Federal.

I - LEGITIMIDADE PARA A INTERVENÇÃO

O artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e o artigo 138 do Código de Processo Civil estabelecem como critérios para admissão de entidades como *amicus curiae* (i) a relevância da matéria, (ii) a repercussão social da controvérsia e (iii) a representatividade adequada do/a pretendente. Ainda, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal¹ entende que a justificativa da intervenção está condicionada à efetiva contribuição da entidade à discussão travada no processo. Isso porque a finalidade dessa intervenção é democratizar o debate constitucional, permitindo que a pluralidade de entendimentos sociais sobre a questão controvertida esteja não apenas representada no processo, mas que seja efetivamente considerada por essa Egrégia Corte ao desempenhar o controle normativo abstrato, conforme já assentado em sua jurisprudência, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, [...].²

¹ Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 13/2012 DO SENADO FEDERAL. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO ESPECÍFICA. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme os arts. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como *amicus curiae* são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente” (STF – ADI 4858, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 24/03/2017).

² STF, ADPF 187/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 15.06.2011, Publ. 29.05.2014.

Todos os pressupostos à admissibilidade do ingresso pleiteado pelo Coletivo Margarida Alves e pelo Grupo Curumim encontram-se totalmente satisfeitos, sendo certo que suas razões contribuirão sobremaneira para o entendimento da importância de se proteger o direito ao aborto legal em caso de violência sexual no Brasil. As duas entidades têm longa trajetória na defesa e garantia dos direitos de mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar, e da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos de todas as pessoas, conforme se demonstra a seguir.

O **Coletivo Margarida Alves**, desde sua fundação em 2012, presta assessoria jurídica popular no campo dos direitos humanos em geral e, dentre várias outras, também na área dos direitos das mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar. A atuação do Coletivo na defesa dos direitos humanos é reconhecida nacionalmente, tendo sido a requerente premiada na 21ª Edição do Prêmio Direitos Humanos (2015), do extinto Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, na categoria “Defensores de Direitos Humanos - Dorothy Stang”,³ ocasião em que o então presidente desse Supremo Tribunal Federal e relator da presente ação, Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, foi também premiado na categoria “Prevenção e Combate à Tortura”.

A importância das ações desenvolvidas pela requerente nas áreas de gênero, sexualidade e direitos humanos das mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar, e o vasto conhecimento por ela acumulado nesse campo são atestados pelo conteúdo dos projetos que executa e os apoios financeiros recebidos para esse fim. De fato, em seus oito anos de existência, o Coletivo vem desenvolvendo diferentes ações na defesa dos direitos humanos das mulheres, que incluem (i) o acionamento do Poder Judiciário para proteger os direitos das mulheres, como se deu, por exemplo, com ação movida para coibir a violência virtual em 2013,⁴ e com sua participação na audiência

³ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/novembro/anunciados-os-vencedores-da-21a-edicao-do-premio-direitos-humanos>

⁴ Juntamente com entidades e grupos de mulheres e feministas de Minas Gerais, o Coletivo ajuizou Ação Cautelar Preparatória de futura Ação Civil Pública para impedir o lançamento do aplicativo Tubby, que permitia a avaliação

pública da ADPF 442/2017, em 2018;⁵ (i) a realização de cursos de formação para advogadas e advogados populares, lideranças comunitárias, defensoras populares de justiça reprodutiva e profissionais de diversas do conhecimento, com enfoque em direitos humanos, gênero, raça e etnia, e sexualidades; (ii) a promoção de ações de educação popular em gênero, sexualidade e direitos das mulheres nas ocupações urbanas, comunidades quilombolas e outros territórios que assessora; (iii) a oferta de aconselhamento e encaminhamento aos órgãos competentes a mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar em situações variadas de negação de direitos, dentre eles os direitos sexuais e reprodutivos; (iv) o levantamento de dados, em projetos de pesquisa, sobre a situação das mulheres brasileiras defensoras de direitos humanos, inclusive os direitos reprodutivos; e (v) a participação em redes e articulações nacionais que se dedicam à intervenção feminista e de mulheres no campo do direito, como o coletivo Mariettas Badernas, vinculado à Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP),⁶ e em redes nacionais de defesa das mulheres e seus direitos reprodutivos, como a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto.⁷

Todas essas ações visam cumprir os objetivos estatutários da associação, dentre os quais se destaca a “luta pela defesa e ampliação dos direitos das mulheres, principalmente aquelas que são vítimas de violência, discriminação e qualquer outro tipo de opressão, bem como o estímulo e desenvolvimento de ações que garantam a sua participação, de

online do desempenho sexual das mulheres pelos usuários do Facebook. A liminar foi concedida pelo Juiz da 15ª Vara Criminal de Belo Horizonte, com apoio na Lei Maria da Penha. Cobertura midiática da ação: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-05/liminar-proibe-aplicativo-tubby-seja-disponibilizado-populacao> <http://g1.globo.com/tecnologia/tem-um-aplicativo/noticia/2013/12/justica-proibe-no-brasil-app-tubby-para-homens-avaliarem-mulheres.html> <http://d24am.com/noticias/juiz-proibe-que-aplicativo-tubby-seja-oferecido-no-brasil/101621/> <http://www.otempo.com.br/cidades/justi%C3%A7a-de-bh-pro%C3%ADbe-lan%C3%A7amento-e-uso-do-tubby-no-brasil-1.755731>

⁵ Para mais detalhes sobre a participação do Coletivo Margarida Alves e do Grupo Curumim na ADPF 442, veja: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupvoluntriadagravidez.pdf>.

⁶ Para mais informações sobre a RENAP, veja <https://www.renap.org.br/>.

⁷ Para mais informações sobre a Frente Nacional, veja <https://frentelegalizacaoaborto.wordpress.com/>.

modo emancipado, nos diversos espaços políticos”.⁸ Mas, sobretudo, as atividades descritas traduzem o compromisso do Coletivo com a transformação da sociedade e do direito brasileiro no sentido de uma permanente efetivação da igualdade de gênero, conferindo à entidade legitimidade material para intervir neste processo.

O **Grupo Curumim**, por sua vez, é uma organização feminista antirracista que atua em defesa dos direitos humanos das mulheres em todas as fases de suas vidas. O grupo trabalha principalmente na área da saúde integral e dos direitos sexuais e reprodutivos, em defesa da justiça social e da democracia. Criado em agosto de 1989, sua missão é desenvolvida a partir de quatro programas: Qualidade e humanização da atenção integral à saúde da mulher. A organização é referência no campo da humanização e assistência obstétrica, já tendo capacitado mais de três mil profissionais no Brasil para o atendimento e encaminhamento de mulheres vítimas de violência, inclusive nos casos de atendimento ao aborto previsto por lei, para introdução de práticas baseadas em evidências científicas e de atenção humanizada na gravidez, parto, aborto e no puerpério. No programa Cunhatã, o Grupo Curumim promove ações educativas continuadas com adolescentes e jovens, sendo a maioria do sexo feminino, estudantes ou egressas da rede pública de ensino, para o exercício da cidadania e da saúde integral. Além disso, o grupo realiza trabalho com parteiras tradicionais, indígenas e de quilombos no conjunto das políticas de assistência integral à saúde das mulheres e de patrimônio cultural, buscando a inclusão do parto domiciliar nos programas e ações de saúde pública. Também nessa área, a organização é uma referência nacional, já tendo trabalhado com mais de duas mil parteiras. Finalmente, a organização dá especial atenção às atividades de comunicação, visando a democratização da informação a partir da publicação de materiais educativos e da inserção na agenda pública de temas relacionados à justiça social, igualdade de gênero e raça, e qualidade da saúde e de vida para as mulheres e meninas.

⁸ Estatuto da Associação ‘Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular’, artigo 3º, IV (anexo)

O Grupo Curumim atua em articulação com diversos segmentos da sociedade civil, como o Fórum de Mulheres de Pernambuco, a Articulação de Mulheres Brasileiras e a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto, as duas últimas de âmbito nacional. E, ainda, participa ativamente de espaços de controle social de políticas públicas nas três esferas do Sistema Único de Saúde (SUS), em especial na promoção da saúde materna, como a Comissão Nacional de Estudos da Mortalidade Materna (na década de 1990), o Comitê de Estudos da Mortalidade Materna de Pernambuco e o Comitê Municipal de Estudos da Mortalidade Materna de Recife. Este tipo de atuação é consoante com a finalidade XV do seu estatuto, que prevê “colaborar com ações que visem à redução da morbidade e mortalidade das mulheres durante a gravidez, parto, puerpério e abortamento”.

Por outro lado, o Grupo Curumim também tem como objetivo “produzir e divulgar conhecimento científico, através de estudos e pesquisas” (finalidade XXII do Estatuto). Entre 2008 e 2010 e em parceria com universidades e organizações de mulheres, coordenou a elaboração de uma série de dossiês sobre as consequências da criminalização do aborto na saúde das mulheres e na qualidade da assistência prestada pelos serviços de saúde, com o objetivo subsidiar ações no Congresso Nacional e junto à população brasileira.

Também em consonância com seus objetivos estatutários, que incluem “promover junto aos Poderes Públicos competentes a obtenção de medidas administrativas, jurídicas e legislativas visando a defesa e ampliação dos direitos das mulheres, jovens, adolescentes e crianças, profissionais de saúde e da educação”, o Grupo Curumim protocolou pedido de ingresso como *amicus curiae* nas ADPFs 5581/2016 e 442/2017, junto ao Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular, Rede Feminista de Juristas (DeFEMde), Associação Civil Criola, Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde e Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), realizou exposição coletiva por ocasião da audiência pública sobre a ADPF 442 em agosto de 2018.

Como se observa, as duas entidades requerentes, durante os seus vários anos de existência, vêm acumulando conhecimento e atuando na defesa e promoção dos direitos sexuais e reprodutivos e de serviços de saúde humanizados que atendam às mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar nas suas necessidades de atenção e cuidado. Elas acumularam um conhecimento prático e uma reflexão teórico-crítica sobre o objeto da presente ação que pode subsidiar esse Egrégio Supremo Tribunal Federal. Por isso requerem, respeitosamente, o recebimento e juntada aos autos da presente manifestação, autorizando-se sua participação na ADPF 737 como *Amici Curiae*, e oportunizando-se, inclusive, a realização de sustentação oral.

II – CONTEXTUALIZAÇÃO DO FEITO: RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E REPERCUSSÃO SOCIAL DA CONTROVÉRSIA

A presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Portaria do Ministério da Saúde nº 2282, de 27 de agosto de 2020. Essa Portaria, em evidente afronta à Constituição e à lei, alterou o procedimento de acesso ao aborto legal em caso de violência sexual (artigo 128, do Código Penal), criando obstáculos ao exercício de direitos e impondo obrigações ilegais e inconstitucionais aos profissionais de saúde que atuam nos serviços de atenção às vítimas.

A relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia já estão devidamente assentadas na inicial da ação. A violência sexual, historicamente, é uma experiência frequente na vida das mulheres e meninas. Ela provoca graves consequências para a saúde física e mental, como DSTs e AIDS, gravidez indesejada, e traumas. Vergonha e medo costumam acompanhar as vítimas, que tendem a se sentir culpadas pela violência sofrida e desencorajadas a denunciar o agressor, na maioria das vezes uma pessoa conhecida. Os dados sobre violência sexual contra mulheres e meninas no Brasil

são alarmantes. O 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2019, apontou um número recorde de vítimas em uma década: 66 mil. Conforme a análise, ocorrem em média 180 estupros por dia no Brasil, sendo a maioria das vítimas (53,8%) meninas de até 13 anos.⁹

No Brasil, o Código Penal de 1940, em seu artigo 128, prevê a possibilidade de interrupção da gravidez resultante de violência sexual, sendo essa presumida em caso de menores (artigo 217-A do Código Penal). No entanto, foi apenas a partir de 1989, com a implantação do primeiro Serviço de Referência para o Aborto Legal, em São Paulo, que o direito previsto em lei passou a ser divulgado, debatido, conhecido e, ainda mais importante, a ser efetivado, garantindo cuidado às vítimas no Sistema Único de Saúde (SUS). Em 1998, o Governo Federal, em reconhecimento aos direitos reprodutivos das mulheres, meninas e outras pessoas com capacidade de gestar, por meio da Área Técnica de Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, promoveu a implementação da política, com a edição de normas técnicas e apoio para a criação de serviços em outras regiões do país. Trata-se, portanto, de um acúmulo de conquistas sociais, para as quais os movimentos feministas e de mulheres tiveram um papel central:

No campo específico da saúde, contribuíram para a adoção de medidas de assistência ao aborto legal: a formulação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher – PAISM em 1984, o processo Constituinte que culmina em 1988 com a definição da política nacional de seguridade, e da saúde em particular, como direito dos cidadãos e responsabilidade do Estado e a criação do SUS. Esta nova política, fruto de lutas populares realizadas na segunda metade do século, inaugura uma assistência completamente diferente em termos de princípios, modelo, instrumentos de gestão e controle social.¹⁰

⁹ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 13, 2019. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf.

¹⁰ Elcyllene Maria de Araújo Leocádio *Aborto pós-estupro: uma trama (des)conhecida entre o direito e a política de assistência à saúde da mulher*. Brasília, 2006. p. 18.

Em fins de 2002, havia 82 serviços que atendiam à violência sexual no país, e em 38 era garantido o acesso ao aborto previsto em lei. Em abril e maio de 2020, durante a pandemia da COVID-19, um levantamento feito em parceria entre Artigo 19, Gênero e Número e a Revista AzMina identificou 42 serviços de saúde com atendimento confirmados.¹¹ Ou seja, observa-se que, mesmo antes da edição da Portaria nº 2.282 pelo Ministério da Saúde, o direito ao aborto legal já não era plenamente satisfeito no país, tendo em vista a reduzida cobertura geográfica e numérica dos serviços implantados.

Contudo, o que faz a Portaria aqui impugnada é criar novas barreiras de acesso, criando requisitos sem amparo no texto do Código Penal, e que violam preceitos fundamentais da Constituição Federal. São eles:

- (i) A obrigatoriedade de notificação, por profissionais de saúde, à autoridade policial, em caso de existência de indícios ou confirmação do crime de estupro, no âmbito do acolhimento de paciente, e a determinação de que esses mesmos profissionais preservem possíveis evidências materiais do crime para entrega à autoridade policial;
- (ii) A obrigatoriedade do 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
- (iii) A inserção, no texto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, do que considera ser o “detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento”.

Ora, o serviço de atendimento e cuidado às vítimas de violência sexual deve estar preparado para “acolher as vítimas; fornecer os medicamentos profiláticos contra a gravidez e as doenças sexualmente transmissíveis; oferecer acompanhamento psicológico ou psiquiátrico; prevenir ou tratar precocemente a síndrome do stress pós-traumático;

¹¹ Para o estudo completo, veja: <https://azmina.com.br/reportagens/so-55-dos-hospitais-que-faziam-aborto-legal-seguem-atendendo-na-pandemia/>.

diagnosticar e tratar problemas clínicos ou cirúrgicos. O atendimento integral exige ainda a garantia do acesso ao aborto, tanto nos casos de falha da anticoncepção de emergência, quanto para as mulheres que já chegaram grávidas aos serviços de saúde”.¹² O serviço não é e nem pode se converter em instrumento do estado policial, transformando cuidadores do campo da saúde em investigadores criminais. Ameaça-se e viola-se, nesse contexto, o direito à saúde, à proteção integral, à liberdade e autonomia individual de mulheres e meninas que, já vítimas de uma primeira violência, serão submetidas a tantas outros no âmbito do serviço que delas deveria cuidar.

Não é casual a alteração do procedimento de acesso ao aborto legal na atual conjuntura política brasileira. O governo federal defende declaradamente um Estado religioso, sua mensagem à sociedade é de valorização de um único modelo de família heteropatriarcal, de re-naturalização da violência contra a mulher e de revalorização de papéis estereotipados e excludentes de gênero. Uma verdadeira cruzada contra o direito ao aborto legal é a bandeira da Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, cuja envolvimento direto em uma série de ações visando impedir que uma criança de 10 anos tivesse acesso ao aborto legal foi revelado pela Folha de São Paulo.¹³

Portanto, a relevância da matéria é evidente e sua repercussão social, incontestável. O acesso ao aborto legal para as vítimas de violência sexual é um problema de saúde pública no país e, como tal, deve ser tratado. Essa Colenda Corte não pode permitir que o Executivo, em manifesto desvirtuamento de suas competências e quebra da separação de poderes e princípio da legalidade, o transforme em um procedimento criminal. É o que se demonstra a seguir.

¹² Elcylene Maria de Araújo Leocádio. *Aborto pós-estupro: uma trama (des)conhecida entre o direito e a política de assistência à saúde da mulher*. Brasília, 2006. p. 13.

¹³ Para mais detalhes, veja: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/ministra-damares-alves-agiu-para-impedir-aborto-de-crianca-de-10-anos.shtml>.

III – DA NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DA ADPF: A INCONSTITUCIONALIDADE E A ILEGALIDADE DA PORTARIA N^o 2.282/20

O poder regulamentar é parte do sistema constitucional brasileiro e se assenta no princípio da separação dos poderes. Com efeito, se ao Poder Legislativo cabe a formulação e aprovação de Leis de acordo com os procedimentos e mandamentos constitucionais, além do controle externo e a fiscalização da atuação do Poder Executivo, cabe ao Poder Executivo dar eficácia a normas constitucionais e legais por meio de sua atuação administrativa:

A função administrativa consiste no dever de o Estado ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direitos públicos, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes revisíveis pelo Judiciário.¹⁴

Para garantir direitos fundamentais e dar eficácia às Leis aprovadas pelo Congresso Nacional, o Poder Executivo deve, portanto, promover políticas públicas e articular ações governamentais. E, com essa finalidade, torna-se necessária a organização jurídica de sua atuação, o que implica a edição de normas administrativas que possibilitem a atuação dentro dos estritos limites do princípio da legalidade. Nisso consiste o **poder normativo** da administração pública.

O poder normativo inclui, assim, o **poder regulamentar**, que faculta a edição de decretos, portarias, resoluções ou instruções, cujo objetivo é dar cumprimento a mandamentos legislativos, especificando seu significado e expedindo ordens voltadas à administração pública que possibilitem a eficácia da legislação. Entretanto, a doutrina

¹⁴ Maria Sílvia de Pietro. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

administrativa e a jurisprudência nacionais são unânimes em apontar os estreitos limites impostos ao poder regulamentar da administração pelo Princípio da Legalidade, o que se torna ainda mais evidente quando se trata do poder regulamentar exercido por portarias, resoluções e instruções ministeriais.

Os Decretos regulamentares são de competência privativa do Presidente da República (artigo 84, IV) e visam à regulamentação de dispositivos legais na forma de ordens, voltadas à administração, para dar “fiel execução” aos mandamentos legais. Como aponta Geraldo Ataliba, “só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende”, pois nosso sistema só “admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis”.¹⁵ Com a rara exceção introduzida pela EC n° 32/2001, válida apenas para o caso específico da organização administrativa do Executivo Federal,¹⁶ o direito brasileiro não admite a edição de decretos autônomos. E essa limitação é o resultado mais importante da limitação constitucional ao poder regulamentar.

Com efeito, nosso ordenamento constitucional não admite, sob nenhuma hipótese, a edição pelo Poder Executivo Federal de decreto, portaria ou instrução normativa que inove na ordem jurídica e crie obrigações, deveres ou quaisquer limitações a direitos, se isso não for explicitamente estabelecido em Lei. Como entende Maria Sylvia de Pietro, “ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade”¹⁷.

De maneira inteligente, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta ainda que “o Texto Constitucional brasileiro, em seu artigo 5º, II, expressamente estatui que:

¹⁵ Geraldo Ataliba. O Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* 97/28.

¹⁶ Ver: ADI 6121/DF, Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

¹⁷ Maria Sylvia de Pietro. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”. E destaca:

Note-se que o preceptivo não diz "decreto", "regulamento", "portaria", "resolução" ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. E que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas”.¹⁸

De fato, as limitações ao poder regulamentar da administração pública não derivam de capricho do Constituinte, menos ainda de limite desmedido à capacidade administrativa do Poder Executivo em uma sociedade complexa que demanda atuação diligente da administração. Trata-se de verdadeiro corolário do conceito de “Estado de Direito” como uma ordem política na qual o governo é exercido por leis e não por pessoas.

Afinal, imaginemos os riscos à democracia e aos direitos fundamentais que representaria o poder de agentes administrativos de editar instruções normativas, portarias ou quaisquer normas administrativas ao arrepio das Leis aprovadas pelo parlamento? Normas que transcendessem os limites impostos por Lei aprovada de acordo com os processos legislativos previstos constitucionalmente consistiriam em verdadeira usurpação do Poder Legislativo, da soberania popular e, em última análise, em uma destruição da própria ordem constitucional. Se agentes públicos pudessem emitir normas ao seu bel prazer, criando deveres e obrigações, extinguindo ou limitando direitos e estabelecendo exigências para o exercício de prerrogativas dos administrados que não estivessem previstas em Lei, viveríamos sob verdadeira tirania a ser exercida por qualquer um que eventualmente ocupasse cargo de alguma importância no Poder Executivo.

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353.

Nesse sentido, não é demais retomar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, para quem o Princípio Constitucional da Legalidade se impõe de maneira ainda mais estrita para os órgãos da administração pública, pois “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”¹⁹. O poder da administração é tamanho e os riscos de abuso de poder são tão grandes, que o Princípio da Legalidade deve limitar de forma ainda mais efetiva a atuação do poder público, sob pena de correremos o risco permanente de vermos limitadas nossas liberdades.

Se a limitação ao poder regulamentar é fartamente discutida pela Doutrina no caso da edição de Decretos presidenciais, ela se torna ainda mais evidente e estrita no caso da edição de portarias. Afinal, a **portaria é ato subalterno da administração e inferior ao próprio Decreto**, assistindo a autoridades de escalão baixo na ordem jurídica e, portanto, investidas de poderes menores. Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, **menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções**. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, **menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções**. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.²⁰

Não é diferente, aliás, o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê de forma lapidar no Acórdão proferido na ADI 1.075/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, tratando diretamente do poder de Ministro de Estado de “**expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos**” (**Artigo 87, II, Constituição Federal**):

¹⁹ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 378.

As instruções regulamentares, quando emanarem de ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, **necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu**, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu (...).

Historicamente, o Ministério da Saúde, no exercício de seu poder regulamentar, sempre observou as limitações constitucionais, advindas da separação de poderes e do princípio da legalidade, e legais, decorrentes da letra do Artigo 128, do Código Penal, ao tratar do serviço de aborto legal. Um conjunto de normas técnicas e protocolos orientados para a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos, direcionadas ao SUS, foram divulgadas, pela primeira vez, em 1998. Dentre elas, havia aquelas destinadas aos serviços de forma geral e, especificamente, aos serviços de aborto legal.

Em 2005, como componentes da Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, as referidas normas foram reeditadas e atualizadas, explicitando-se, na oportunidade, a não exigência do Boletim de Ocorrência (BO) para que as vítimas de violência sexual tivessem acesso ao serviço de aborto, porque essa exigência foi considerada “incorreta e ilegal” pelo Ministério da Saúde.²¹ De fato, assim se manifestou o órgão da administração:

O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, **a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento**. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como **presunção de veracidade**. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados à polícia ou à Justiça.²²

²¹ Veja: Ministério da Saúde. *Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica*. Brasília, 2005; Ministério da Saúde. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: Norma Técnica*. 2ª edição. Brasília, 2005.

²² Idem.

Em 28 de setembro de 2017, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria de Consolidação nº 5, ciente dos limites legais, manteve para o caso de aborto terapêutico a não exigência do Boletim de Ocorrência. E em 2018, o Conselho Federal de Medicina, através do Despacho COJUR nº 790/2017, orienta que “em termos éticos, o boletim de ocorrência é dispensável para a realização do aborto ético, também chamado de sentimental, humanitário, em caso de estupro”²³, afirmando que “na esfera ética, o médico está autorizado a realizar o procedimento de abortamento mesmo sem a apresentação do registro policial do crime pela vítima”.

O dever de notificação compulsória imposto pela nova Portaria nº 2282/2020 do Ministério da Saúde vai de encontro a todo esse histórico de aprendizado institucional do próprio órgão sobre o seu poder regulamentar. Ao incluir exigências que não previstas em Lei para o exercício de um direito explicitamente criado pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, a portaria cria exigências, estabelece distinções e inova no ordenamento jurídico sem qualquer respaldo legal.

Com efeito, o artigo 128 do Código Penal Brasileiro dispõe que “não se pune o aborto praticado por médico ... se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (inciso II). Dessa forma, a lei estabelece de forma inequívoca que não há absolutamente qualquer ilicitude no ato médico de interrupção de gravidez que vise a resguardar a vida de paciente ou no caso em que a gravidez resulte de estupro, quando precedido do consentimento da vítima ou de seu representante legal. E é evidente que a lei não impõe quaisquer exigências ou qualificações, devendo ser recebida com presunção de veracidade a declaração da vítima que busca o serviço de atenção e cuidado.

Isso faz com que tal ato médico seja protegido pelo artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, que dispõe como “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou

²³ Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/despachos/BR/2017/790_2017.pdf. Publicado em 31/01/2018, consultado em 30/04/2020.

profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Com efeito, se a lei não entende que há ilícito, não pode uma portaria supor qualquer ilicitude em ato protegido por liberdade que a Constituição entende ser tão fundamental. Tampouco pode a portaria criar exigências inexistentes em lei, como a notificação compulsória, para a atuação médica.

Contudo, quando, em seu artigo 1º, a Portaria nº 2.282/2020 exige a notificação de autoridade policial em caso de estupro, ela estabelece condição e exigência que não é estabelecida pelo dispositivo legal, supondo evidentemente uma ilicitude que a Lei não supõe e criando uma limitação à liberdade profissional do médico, protegida pelo artigo 5º, inciso XIII, que a Lei não estabelece. Além disso, e de forma ainda mais absurda, por meio de seu artigo 2º, a Portaria introduz um processo em quatro fases para que pacientes em situação de extrema vulnerabilidade física e psicológica possam ter acesso a procedimento médico LÍCITO e para o qual não há qualquer vedação legislativa. Um procedimento que, ademais, consiste em exercício do direito fundamental à saúde, garantido pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Ao criar tais barreiras e exigências não previstas em lei, a Portaria nº 2.282 viola o direito das mulheres e meninas à privacidade e à intimidade (artigo 5º, alínea X da Constituição Federal, artigo 154 do Código Penal e Princípio Fundamental XI do Código de Ética Médica), transformando o sistema de saúde e seus profissionais em instrumentos de procedimento policial. O Sistema Único de Saúde é orientado pelos princípios da universalidade, igualdade, integralidade, descentralização e participação da comunidade (artigos 196 e 198 da Constituição Federal). E, entre as suas competências constitucionais (artigo 200 da Constituição Federal) e legais (artigos 5º e 6º da Lei 8.080/90) não estão a investigação ou persecução criminal.

Assim, se a lei determina de forma explícita e inequívoca que não há qualquer ilícito no ato médico mencionado, sem estabelecer quaisquer outras determinações ou especificações, como poderia o Ministro de Estado usar do poder regulamentar, exercido

por meio de mera portaria ministerial, para supor a ilicitude do ato, submetendo-o a condições e exigências não previstas em lei e, assim, criando barreiras ao exercício de um direito das mulheres e meninas?

Qual autoridade tem o agente público do Poder Executivo para fazer suposições de ilicitude que a lei não faz, CRIANDO EXIGÊNCIAS que a lei não criou e ESTABELECENDO DISTINÇÕES que a lei não estabeleceu para o exercício de um ato médico que, em última análise, consiste em regular exercício profissional protegido pela Constituição, um ato médico que busca, além disso, proteger o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e garantir o direito básico de acesso à saúde de pacientes em situação de violência?

Se lembramos a lição de Hely Lopes Meirelles sobre o significado do Princípio da Legalidade para a administração pública, à qual “só é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza”, resta claro que mera portaria ministerial jamais poderia supor a ilicitude de uma conduta que a lei explicitamente entende como lícita e Constituição Federal protege de forma tão cuidadosa. Tampouco poderia a Portaria nº 2282 impor exigências e barreiras para o exercício de um direito que a lei penal institui.

Com efeito, a Portaria não estabelece apenas novas exigências, em evidente violação ao princípio da legalidade e à determinação explícita do artigo 128 do Código Penal Brasileiro. Ela ousa mesmo inovar de forma absoluta em matéria de direito administrativo, criando um verdadeiro NOVO processo administrativo que não está previsto em nenhuma Lei Federal.

E nem se diga que o fato de serem de ação penal pública incondicionada os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável (Lei nº 13.718/18) obriga profissionais de saúde a reportar o atendimento de vítimas de tais crimes. Ao contrário, a ação penal é um direito de toda pessoa a convocar o Poder Judiciário para solucionar problemas na seara criminal e, como direito, não pode criar barreiras ou impor requisitos para o exercício de outros direitos, como o direito à saúde e ao aborto legal. Por outro

lado, o fato de a ação ser pública incondicionada cria um ônus para o Ministério Público e demais agentes do sistema de justiça criminal, que devem agir independente de representação e, portanto, fazê-lo com os meios institucionais que detêm, sem subverter as finalidades do sistema de saúde e transformar seus profissionais em agentes policiais.

Dessa forma, a portaria editada pelo então Ministro Interino de Estado da Saúde extrapola o poder regulamentar delimitado pelo artigo 87, II, da Constituição Federal não apenas por violar o Princípio da Estrita Legalidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal), mas por criar obrigações voltadas aos administrados e administradas em explícita violação do Princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º, da Constituição Federal). Viola e limita, assim, de forma totalmente injustificada, o exercício de direitos fundamentais: a liberdade profissional de profissional médico, o direito à vida, à saúde, à dignidade, à privacidade e intimidade e ao sigilo médico de pacientes em situação de risco e o direito ao aborto legal. A Portaria nº 2.282 transforma vítimas em investigadas e profissionais da saúde em inquisidores, estendendo a persecução penal e seus instrumentos a um espaço que deve ser de cuidado, acolhimento e respeito e, portanto, deve ser declarada inconstitucional.

V – PEDIDOS

Por todo o exposto, o Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular e o Grupo Curumim requerem:

- a) que sejam admitidos na qualidade de *amici curiae* nos autos da ADPF 737;
- b) que sejam intimados de todos os atos do processo por suas advogadas abaixo assinadas;
- c) que seja deferida a realização de sustentação oral na sessão de julgamento;
- d) subsidiariamente, que seja esta manifestação admitida como memorial.

No mérito, uma vez admitido seu ingresso na lide como *amici curiae*, requerem que a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja julgada totalmente procedente, pelas razões acima expostas.

Nestes termos, pedem deferimento.

Brasília, 21 de setembro de 2020.

Mariana Prandini Fraga Assis
OAB/DF 52.017

Lethicia Reis de Guimarães
OAB/MG 180.215

Layza Queiroz Santos
OAB/PA 24483-B

Carolina Spyer Vieira Assad
OAB/MG 155.852