

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ADPF 737 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Medida Cautelar.

AUTORES: Partido dos Trabalhadores/PT, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e Partido Democrático Trabalhista – PDT

INTERESSADO: Conselho Federal de Serviço Social/CFESS - AMICUS CURIAE

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL - CFESS, autarquia federal, dotado de natureza jurídica de direito público, regulamentado pela Lei 8662/93 de 07 de junho de 1993, representado por sua Presidenta, assistente social **Maria Elizabeth Santana Borges, (doc. anexo)**, vem a presença de V. Exa, por sua advogada e procuradora, que esta subscreve (**doc. anexo**), para requerer intervenção desta entidade, na ação em referência, em que figura com autor o **Partido dos Trabalhadores/PT, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e Partido Democrático Trabalhista – PDT**, na qualidade de **AMICUS CURIAE**, o que faz nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, e para os fins que passa a expor:

I. INTERVENÇÃO DO CFESS qualidade de AMICUS CURIAE

Está pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os motivos que sustentam uma intervenção na modalidade ora pretendida. O *amicus curiae* é figura que, pelas suas origens históricas e de direito comparado, pode ser entendido como um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria ou por determinação judicial, intervém em processo pendente, com vistas a tornar o debate judicial plural e democrático, acerca das mais diversas questões jurídicas, portanto, legitimando e pluralizando as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, em especial como no caso vertente, quando o tema em pauta diz respeito

à **DEFESA DE DIREITOS HUMANOS**, considerando o descumprimento de uma lei ordinária, em absoluta incompatibilidade com o texto constitucional, discussão essa de absoluta e inquestionável relevância para os avanços da legislação infraconstitucional e para a sociedade. O papel e a possibilidade desta intervenção é servir como fonte de conhecimento em assuntos relevantes, cruciais, inéditos, difíceis ou controversos, pois permite a ampliação da discussão antes da decisão judicial. A função histórica do *amicus curiae*, agora representada pelo CFESS é chamar a atenção para fatos ou circunstâncias que devem ser notados.

É seguro, neste sentido, o entendimento deste Tribunal, como aponta a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 2.548/PR:

“Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (...). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da Corte’. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. (...) Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.”. (destaques são da transcrição).

É importante destacar que o Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) preenche os requisitos que a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal vem exigindo como forma de legitimar sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

Assim, não só porque a matéria aqui versada é inegavelmente *relevante*, mas também porque se trata de entidade de âmbito nacional de alto grau de representatividade - estes requisitos têm fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 - e sua intervenção tal qual pretendida é medida que, no caso concreto, se impõe.

II. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

A matéria discutida na presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 737 é claramente relevante. Trata-se do questionamento apresentado em relação à Portaria 2282 de 27 de agosto de 2020, expedida pelo Ministério da Saúde, que viola preceitos fundamentais do direito à saúde, a garantia da intimidade, a inviolabilidade da vida, a autodeterminação dos sujeitos, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, enfim viola direitos humanos. Ademais, as determinações constantes da citada Portaria, permitem um tratamento cruel, desumano e degradante, dirigido às pessoas gestantes, que pretendem se valer de seu direito legítimo e LEGAL, de realizar o procedimento de aborto, em decorrência da prática de estupro.

Nossa Carta Magna assegura como direitos fundamentais: a dignidade e a cidadania de todas as pessoas. E esses preceitos são violentamente atacados pelo Estado quando edita a Portaria 2282, negando a autonomia das pessoas gestantes para tomar suas próprias decisões.

O Supremo Tribunal Federal deve ser um espaço legítimo e democrático para o debate jurídico do tema, eis que a “democracia institucional” não se faz somente no Parlamento, mas sim na atuação dos três poderes em harmonia com a Constituição. O papel do STF, de atuação da garantia de direitos de minorias, permite que temas e tabus possam ser julgados para se garantir direitos humanos e não violá-los, por conta de influências morais, religiosas ou mesmo preconceituosas.

Temos assistido, nos últimos anos, o Congresso Nacional interditando qualquer debate a respeito de uma série de temas que dialogam com a realidade concreta da vida das pessoas. Pressões de ordem religiosa e

moral só permitem que este tipo de assunto seja discutido em uma perspectiva conservadora no legislativo e agora, perante o executivo sob um viés de retrocesso e repressão.

Diante deste cenário o Supremo, enquanto Tribunal Constitucional do país deve se pronunciar na garantia de direitos que estão assegurados na Carta Magna e na legislação ordinária, mas que são negados diariamente, criando todo tipo de constrangimento especialmente as pessoas mais vulneráveis, diante do papel seletivo de controle social da pobreza, tradicionalmente exercido pelo estado.

III- REPRESENTATIVIDADE DO CFESS

O Conselho Federal de Serviço Social é uma autarquia federal, regulamentado pela Lei 8662 de 07 de junho de 1993, dotado de personalidade jurídica de direito público e forma federativa, tendo como função precípua orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão do/a assistente social em todo território nacional e, conseqüentemente, garantir a qualidade dos serviços prestados ao usuário dos serviços sociais.

Possui, assim, atribuição de natureza pública eis que sua função só pode ser exercida pelos órgãos de fiscalização do exercício profissional, criados por lei na forma de autarquia, na perspectiva da defesa da sociedade.

O Conselho Federal de Serviço Social/CFESS é uma entidade de âmbito nacional, possuindo função de órgão normativo de grau superior, função essa que é exercida em relação a todos os Conselhos Regionais de Serviço Social, atualmente em número de 27 (vinte e sete), instalados regularmente em Estados e Distrito Federal do território nacional, conforme disposições do artigo 8º da Lei 8662 de 07 de junho de 1993, que estabelece:

“Art. 8º - Compete ao Conselho Federal de Serviço Social/CFESS, na qualidade de órgão normativo de grau superior, o exercício das seguintes atribuições:

- I- Orientar, disciplinar, normatizar, fiscalizar e defender o exercício da profissão de assistente social, em conjunto com o CRESS;
- II- Assessorar os CRESS sempre que se fizer necessário;
- III- Aprovar os Regimentos Internos dos CRESS no fórum máximo de deliberação do conjunto CFESS/CRESS;
- IV- Funcionar como Tribunal Superior de Ética Profissional;
- V- Julgar em ultima instância os recursos contra as sanções impostas pelo CRESS;
- VI- Estabelecer os sistemas de registro dos profissionais habilitados;
- VII- Prestar assessoria técnico- consultiva aos organismos públicos e privados, em matéria de Serviço Social;

Desta forma, compete ao ora requerente normatizar o exercício profissional em todo território nacional e, sobretudo, funcionar como instância recursal em relação a todas as decisões e penalidades aplicadas pelos Conselhos Regionais de Serviço Social - CRESS.

Dentre as atribuições previstas aos Conselhos de Serviço Social cabe a estes defender a profissão em todo o território nacional, conforme prevê o artigo 7º, possuindo legitimidade para agir contra violação as prerrogativas, à dignidade e ao prestígio da profissão. Via de conseqüência, o CFESS tem legitimidade para representar os interesses gerais da profissão e, conseqüentemente, o cumprimento da lei 8662/93.

Diante de tais evidências o pleito da presente ADPF está em absoluta consonância com os princípios e normas do Serviço Social, o que impõem ao Conselho Federal de Serviço Social a adesão, por todos os meios legais e legítimos, a essa iniciativa, na defesa dos direitos humanos.

IV. INTERESSE E LEGITIMIDADE DO CFESS PARA FIGURAR COMO AMICUS CURIAE

A presente ADPF, pelo qual o CFESS tem absoluta concordância, está em consonância com os princípios, inscritos no Código de Ética do/a Assistente Social, regulamentado pela Resolução CFESS nº 273 de 13 de março de 1993, e com os movimentos que lutam pela defesa intransigente dos direitos humanos.

O CFESS, enquanto entidade de âmbito nacional, representativa do Serviço Social, comprometido com as lutas emancipatórias da sociedade e das mulheres, se une ao Partidos Políticos autores, para com competência jurídica e ousadia política corroborar o pedido exordial.

A Portaria 2282, expedida pelo Ministério da Saúde, representa – em ultima análise - a criminalização do aborto legal, pois submete pessoas a tratamento humilhante e degradante em momentos de intensa vulnerabilidade, o que viola o direito delas à vida, à integridade física e psicológica, à saúde, cometendo uma nova violência, a violência institucional.

Representa, ainda, à submissão a prática de tortura e/ou tratamento desumano, impedindo que essas pessoas possam se orientar e decidir conforme sua própria concepção, liberdade e autonomia. O Estado exorbita de sua função, quando interfere no direito, assegurado por lei, de uma pessoa interromper uma gravidez indesejada, fruto da extrema violência do estupro.

A atuação do CFESS vai muito além das exigências normativas, eis que tem se inserido em lutas de defesa de direito dos/as trabalhadores/as, com vistas a “ampliação e consolidação da cidadania, considerada tarefa primordial de toda a sociedade; a garantia dos direitos civis, sociais e políticos das classes trabalhadoras”, em conformidade, inclusive, com os princípios fundamentais previstos pelo Código de Ética do Assistente Social, instituído pela Resolução CFESS nº 273/93 .

O Código de Ética, acima citado, indica princípios fundamentais a serem apreendidos pelos profissionais assistentes sociais, e, destacam-se como princípios fundamentais: **o reconhecimento da liberdade, a defesa aos direitos humanos, ampliação e consolidação da cidadania, a democracia, favorecimento da equidade e justiça social, a eliminação de todos os tipos de preconceitos, a garantia do pluralismo, a opção por um projeto profissional que vise à construção de outra forma de sociedade. Como também a articulação com movimentos sociais, compromisso com a qualidade de serviços e a negação da discriminação de classes sociais, gênero, etnia, religião, nacionalidade, orientação sexual, idade e condição física e mental.** (CFESS, 2011).

A liberdade é destacada como valor ético central, a democracia como valor político central e a emancipação como valor central de caráter humano-genérico. Tais valores se articulam entre si e com os outros, e, estão conectados enquanto totalidade, sendo possível assim a viabilidade dos demais valores. O valor da liberdade é visto como fonte para conquista de outros valores como a emancipação, a autonomia e o pleno desenvolvimento dos indivíduos sociais. É por isso que uma categoria social como a liberdade, que concretamente corresponde à existência de alternativas, à possibilidade de escolhas, à existência de condições sociais para a vivência e a ampliação das capacidades, a liberação dos impedimentos à manifestação das forças humanas, etc, (...) passa a ser valorizada, a ser representada como valor ético e político por meio da práxis humana. (BARROCO: 2012, p. 56 - BARROCO, Maria Lucia; TERRA, Sylvia Helena. O código de ética do/a assistente social comentado. São Paulo: Cortez, 2012)

A pauta do aborto, assim, tem sido discutida no âmbito do conjunto CFESS/CRESS, em razão do exercício profissional do/a assistente social, que cotidianamente atende mulheres na situação aqui discutida, bem como na defesa do Código de Ética do/a Assistente Social, regulamentado pela Resolução CFESS nº 273 de 13 de março de 1993.

A questão do aborto não deixou de receber, dada a sua relevância, importância e atualidade, espaço próprio para ampla e democrática discussão nos Encontros Nacionais CFESS/CRESS, fórum de deliberação máximo da profissão do assistente social, conforme previsto expressamente pelo artigo 9º da lei 8662 de 07 de junho de 1993, que estabelece:

“Art. 9º. O fórum máximo de deliberação da profissão para fins desta lei dar-se-á nas reuniões conjuntas dos Conselhos Federal e Regionais, que inclusive fixarão o limite de sua competência e sua forma de convocação.”

Vale esclarecer que o Encontro Nacional CFESS/CRESS é realizado anualmente, com a representação dos Conselhos Regionais e Federais de Serviço Social, bem como com a representação dos assistentes sociais de base, escolhidos, democraticamente em Assembléias convocadas regularmente pelos Conselhos Regionais, atualmente em número de 26 (vinte e seis), nos termos do artigo 11 e seguintes do Estatuto do

Conjunto CFESS/CRESS, regulamentado pela Resolução CFESS nº 469/2005 de 13 de maio de 2010.

Em 11 de setembro de 2010, no decorrer da realização do 39º Encontro Nacional CFESS/CRESS, realizado em Santa Catarina/Florianópolis o grupo temático do eixo de Ética e Direitos Humanos debateu propostas para defesa da descriminalização e legalização do aborto, definindo que o Conjunto iria realizar ações políticas para cumprimento da nova regulamentação. A pauta sobre o aborto foi reiterada nos Encontros subsequentes:

Aprovada no 45º Encontro Nacional, ocorrido em Cuiabá em setembro de 2016. Deliberação 3, do Eixo Ética e Direitos Humanos

3. Difundir a Norma Técnica do MS e outras iniciativas sobre o aborto legal e seguro como um direito reprodutivo, constitutivo dos direitos humanos.

Aprovada no 46º Encontro Nacional, ocorrido em Brasília em setembro de 2017. Deliberação 13, do Eixo Ética e Direitos Humanos para execução no trênis 2017/2020.

13. Difundir a Norma Técnica sobre a Atenção Humanizada ao Abortamento e a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes do MS e a decisão do STF sobre o aborto legal e seguro, além de outras iniciativas sobre o aborto legal, seguro e gratuito entendido como um direito reprodutivo, constitutivo dos direitos humanos.

Documento: Ações Estratégicas Continuadas do Conjunto CFESS-CRESS: Acompanhamento das ações legislativas. Posicionamento favorável aos PLs que defendem a legalização e a descriminalização do aborto;

Documento: Bandeira de Lutas, Eixo: Em defesa da Ética e Direitos Humanos

Deliberação 4. Posicionamento favorável à legalização do aborto, considerado como questão de saúde pública e como direito sexual e reprodutivo das mulheres.

Ademais, o CFESS na qualidade de entidade dotada de personalidade jurídica de direito público defende os interesses da sociedade e da população usuária dos serviços sociais. A confirmação da ilegalidade da Portaria nº 2282 será decisiva para garantir a dignidade das pessoas submetidas a situações descritas na ação e para que os serviços realizados pelos/as assistentes sociais sejam prestados com absoluta qualidade e competência, em conformidade com seu Código de Ética.

A ação dos Conselhos profissionais, conseqüentemente, tem uma dimensão para além do aspecto normativo e fiscalizador, voltando-se para o movimento real da sociedade na perspectiva de defesa dos direitos humanos. No sentido de garantir o pluralismo do debate, acerca da matéria ora discutida, requerer-se a apreciação e consideração desse D. Tribunal, dos argumentos, fundamentos, documentos, manifestos, registros dos/as trabalhadores/as do Serviço Social e, mais, tudo que se possa extrair, para além das palavras, de forma possibilitar uma detida e profunda reflexão que contribua para entender que a portaria é ilegal/inconstitucional.

Por força do quanto se vem expor, não há como deixar de reconhecer que o requerente CFESS, possui **interesse institucional** para pleitear sua intervenção na qualidade de *amicus curiae* nesta ADPF, com o objetivo de aprofundar o debate da importante questão sobre a qual versa a presente ação.

V – DO EFEITO REPRISTINATÓRIO EM ADPF

O CFESS reitera os argumentos utilizados pelos Partidos Políticos autores, considerando, igualmente, que os efeitos 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*”, conforme previsto pelo art. 11 da Lei 9.882/99 e do art. 11, §2º, da Lei 9.868/99.

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. 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 – declaratória, e não constitutiva – e da inconstitucionalidade normativa como invalidade (nulidade) da norma.

“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.”

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

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.

Via de consequência, é imperioso que se reconheça 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.

VI - DO CABIMENTO DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

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.

Assim, na presente situação, os requisitos para admissibilidade da presente ADPF, por esse Supremo Tribunal estão presentes, eis que

A - Caracterizada a violação ou risco de violação a preceito fundamental; B. A Portaria é originária de um ato do Poder Público, neste caso compreendendo a existência de atos omissivos e comissivos; C. Inexistência de outro meio eficaz, para impugnação da Portaria.

A Portaria impugnada viola preceito fundamental 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).

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; invoca 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 –.

Embora seja de competência do Ministério da Saúde tratar de questões e “*problemas atinentes à saúde humana*”, art. 1º, caput, da Lei 1.920/1953, a Portaria MS nº 2.282/2020, exorbita de seu poder ao tratar de questões, eminentemente do campo de direito material criminal, onde impera o pressuposto da legalidade estrita, violado flagrantemente pela Portaria ora impugnada, exarada pelo Ministro da Saúde.

Não há como deixar de concluir que as imposições previstas 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.

O instrumento impugnado faz com que os/as 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).

O ato normativo impugnado, descumpre o pacto e as garantias constitucionais, principalmente ao que tange a reserva de legalidade, importante princípio que assegura, no âmbito das relações do estado capitalista, que um poder não adentre na competência do outro (art. 5º, II, XXXIX, art. 84, IV, art. 87, parágrafo único, II, da CF). Não pode a Portaria inovar mediante disposições gerais e abstratas impondo obrigações que restringem, dificultam procedimento que o Código Penal vigente instituiu como excludente de criminalidade.

A Portaria 2.282/2020 é revestida de imperatividade e autoexecutoriedade. Significa dizer que é obrigatória, de execução imediata e abrange 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 e violência 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 Portaria administrativa, que se revela exorbitante, autoritária, preconceituosa e ilegal!

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. A urgência de resolução da questão, aliada à concretude de efeitos do ato administrativo, a ocorrência diária de casos de agressão e violência sexual em todo o país (abrangência) e a própria realização concreta da lesão - que não envolve apenas uma questão normativa ou de efeitos normativos, mas sim situações concretas, fazem da ADPF o meio mais adequado para garantir a eficácia de uma proteção integral às mulheres vítimas de agressão e violência sexual e um instrumento cabível para anulação dos efeitos funestos, da Portaria em questão.

Caso assim não se entenda, pugna-se pela fungibilidade da medida e sua recepção como ADI. 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 pessoas vítimas de agressão sexual, muitas das quais são crianças ou adolescentes, aplica-se a fungibilidade em questão.

VII - DO ATO IMPUGNADO - PORTARIA Nº 2.282, DE 27 DE AGOSTO DE 2020 EXPEDIDA PELO PODER PÚBLICO

Reitera-se, os argumentos, considerações e alegações utilizadas na peça exordial pelos partidos políticos, autores desta ADPF,

A Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, editada pelo Ministério da Saúde revoga os arts. 694 a 700 da Portaria nº. 5, de 28 de setembro de 2017, instituindo novas obrigações e modificando a redação de um dos Anexos.

A Portaria ora impugnada estabelece 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.

Além dos dispositivos anteditos o ato administrativo 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”.

Da análise dos termos da Portaria impugnada, pode-se extrair:

- 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”.

Assim, 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.

Evidentemente que o acirramento para as condições do abortamento legal, estabelecidas pela malfadada portaria, foram instituídas no contexto de situação divulgada, amplamente, pelos veículos da imprensa e mídias sociais, em relação ao caso da criança de dez anos de idade que, estuprada e ameaçada pelo tio, foi engravidada e submetida a uma série de obstáculos até o efetivo exercício de seu direito legal à realização do aborto.

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.

Isto é, não obstante autorização judicial do dia anterior para realização do procedimento, 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.

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 foi violado, como nome e hospital em que foi acolhida e atendida. Em decorrência 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 foi acompanhado por gritos constantes de “assassino” provenientes destes manifestantes. Em face desta situação concreta, o Ministério da Saúde publica Portaria de caráter geral, em desvio de finalidade.

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, são objeto de compromissos firmados pelo Brasil em Planos de Ação Internacionais.

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.

O acesso ao abortamento legal, nesta hipótese, deve ser garantido, 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.

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

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. Neste contexto, emerge o direito e o acesso ao aborto enquanto necessidades de saúde.

Na hipótese específica que orienta o caso em tela, a interrupção da gestação 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. Via de consequência, 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.

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.

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.

Na presente situação, 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*”. 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. Trata-se de mecanismo que interfere diretamente na autonomia da mulher, posto que busca a sua desistência, em evidente violação à sua convicção.

A tipificação do aborto enquanto crime cria uma esfera de descrença em torno das narrativas, 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. À posição de permanente suspeição é consequência direta da criminalização do aborto. Este juízo criminal 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.

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

Diante deste contexto de desconfiança, pessoas receiam buscar atendimento médico ou mesmo deixam de procurá-lo, mesmo diante do direito de abortamento legal existente há 80 anos no país.

Desta forma, é indispensável a compreensão de que 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.

A Portaria impugnada, nos termos de seu art. 1º, representa uma verdadeira e inquestionável recusa ao acesso ao abortamento legal – em frontal violação ao direito à saúde – por meio da imposição de barreiras ao centralizar o controle policial em detrimento do cuidado das pessoas que necessitam tal atendimento.

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.

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

Destaca-se, ainda, outro aspecto que torna a portaria ilegal, violando, inclusive, o Código de Ética do/a Assistente Social, ao interferir na atribuição e na conduta dos/as profissionais de saúde, que deve estar orientada à atenção integral à saúde e não à eventual investigação criminal. Incabível a determinação emanada da portaria quanto a obrigação de preservação de evidências do crime de estupro, pois é contrário aos princípios e disposições do Código de Ética do Assistente Social.

Por outro lado, a violação ao sigilo 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 razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”* e é punível com pena de detenção ou multa.

O sigilo profissional não se restringe aos profissionais de saúde, abrangendo também os profissionais de outras áreas que também possuem acesso a informações privadas dos/as pacientes, como é o caso

das pessoas que exercem atividades administrativas nos serviços de saúde.

Os códigos de ética profissionais regulamentam os direitos, deveres e vedações decorrentes do exercício profissional. Em relação ao assistente social, que compõe a equipe de profissionais de saúde, temos como certo que o “sigilo” das informações recebidas pelo/a profissional é princípio ético/político que não se transige, pois fundamental para garantia da relação de confiança que estabelece com os/as usuários/as dos serviços. O Código de Ética Comentado do/a Assistente Social discute a dimensão deste postulado, enquanto “dever” e “direito”.

Art. 15 - Constitui direito do assistente social manter o sigilo profissional.

Objeto Jurídico- A defesa e proteção da intimidade do usuário do Serviço Social

Neste Código temos duas vertentes do sigilo profissional, quais sejam, uma como direito e outra como obrigação. (...) Não obstante, o sigilo, também, se constitui prerrogativa, como já analisamos na previsão da alínea “e” do artigo 2º deste Código de Ética, pois assegurar tal condição na atividade profissional realizada, não depende, por não raras vezes, somente do/a assistente social.

Nesta dimensão do “direito”, conseqüentemente, o sigilo deverá ser respeitado por todos os outros que se relacionam com o/a assistente social na sua atividade profissional, seja qualquer superior hierárquico, empregador, o patrão, enfim qualquer um que nas relações de poder possam ou pretendam interferir na atividade profissional do assistente social, ou impor regras de conduta incompatíveis com o sigilo profissional. (...)

Não basta, simplesmente, excepcionar a regra do sigilo, sob a alegação de violação por terceiros e, conseqüentemente, de suas prerrogativas, pois caberá ao assistente social, demonstrar, de forma inequívoca, que tomou todas as medidas e providências, ao seu alcance, para impedir que dados confidenciais e sigilosos, escritos ou orais, fossem divulgados sob qualquer pretexto,

circunstância ou motivo, ou que cheguem ao conhecimento de terceiros. (...)

Art. 16 - O sigilo protegerá o usuário em tudo aquilo de que o assistente social tome conhecimento, como decorrência do exercício da atividade profissional.

Objeto Jurídico – A liberdade individual, a privacidade, a proteção do segredo decorrente de relação profissional.

A proteção abrange “tudo aquilo” que o assistente social toma conhecimento na relação profissional. Inclui, conseqüentemente, qualquer informação oral, escrita, expressada através de qualquer meio, mesmo aquilo que possa ser deduzido ou interpretado pelo profissional, em relação ao usuário. Nada pode, portanto, ser revelado. A proteção abrange aquilo que se constitui e se caracteriza como “segredo” para o usuário, mas também todas as outras formas de expressão. A infração se expressa na vontade livre e consciente do/a assistente social revelar sigilo profissional. Consuma-se a infração ética, com o ato de divulgar ou dar conhecimento, por qualquer meio, independentemente do prejuízo. A norma em comento reafirma as demais disposições deste capítulo que tratam de um lado de “direito/prerrogativa” em relação ao sigilo e, de outro, do “dever/obrigação” de manter o sigilo, enquanto imperativo que deve ser cumprido pelo/a profissional. Aqui a norma é dirigida muito mais para o usuário, chamando atenção para um procedimento no atendimento que deve lhe ser garantido pelo/a assistente social. A proteção do usuário abrange os arquivos profissionais, onde são guardadas as informações que o profissional tomou conhecimento em decorrência de sua atividade profissional.

Art. 17 - É vedado ao assistente social revelar sigilo profissional. Objeto Jurídico: A intimidade do usuário. Confiança na relação profissional

Sigilo profissional não é instituto novo no âmbito das relações profissionais. (...) A Constituição Federal, bem como vários diplomas legais prevêm em seu texto a proteção do sigilo, ganhando estatuto legal, principalmente, no Código Civil e Penal

Brasileiro. A Constituição Federal, no inciso x do artigo 5º, assim estabelece: “São invioláveis à intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Pode-se extrair da interpretação da norma constitucional citada, que esta abrange à privacidade de modo amplo, compreendendo toda a informação que diga respeito à intimidade as quais se queira manter sigilo, segredo ou controle. Tal principio comporta, evidentemente, a inviolabilidade da correspondência, do domicílio e do segredo profissional. Várias decisões do Tribunal de Ética e de Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil têm consagrado que o sigilo profissional é instituto de ordem pública, o que merece aplicação para todas as demais profissões regulamentadas por lei, porque todas são igualmente, relevantes, necessárias, na vida em sociedade. Vejamos trechos da decisão da OAB, em relação a matéria: Proc. N° 3838/2009 – Sigilo profissional – Informações requisitadas pela Receita Federal – Impossibilidade de atendimento devido a quebra de sigilo profissional- Princípio de Ordem Pública – Não é permitida a quebra de sigilo profissional na advocacia, mesmo se autorizada pelo cliente ou confidente, por se tratar de direito indisponível, acima dos interesses pertinentes, decorrente da ordem natural, imprescindível a liberdade de consciência, ao direito de defesa, à segurança da sociedade e a garantia do interesse público. (.....) O Sigilo profissional tem por objetivo muito mais a proteção do cliente do que efetivamente do advogado, até porque guardar segredo é obrigação do advogado. Entende-se por segredo “aquilo que não pode ser revelado” Daí decorre o dever de não revelar o segredo que lhe foi confiado, mesmo autorizado pelo próprio cliente, (.....) Portanto, violar o sigilo profissional é quebrar a relação de confiança existente entre cliente e advogado. (.....)” Mais que isso o sigilo objetiva, garantir uma relação pacífica e confiável na utilização de serviços profissionais, impedindo qualquer veiculação de tudo aquilo que o/a profissional tem conhecimento na relação que estabelece, no caso do/a assistente social, com o usuário/a dos serviços. O/a assistente social deve estabelecer com o/a usuário do Serviço Social relação de absoluta confiança, mantendo o sigilo ao tomar conhecimento da história e de fatos da vida deste, até porque, por não raras vezes, interesses opostos e contrários aos do usuário pressionam o profissional para que o sigilo seja quebrado. Aqui se conecta o princípio da constitucional da inviolabilidade da intimidade, que para além de ser direito constitucional representa a defesa do projeto ético político do Serviço Social vinculado a construção de uma nova

ordem societária, sem exploração, sem dominação. (Código de Ética Comentado do/a Assistente Social – Lucia Barroco e Sylvia Helena Terra/ Editora Cortez)

É fundamental que o/a assistente social se conduza de forma firme, competente e, sobretudo crítica, para desvelar os limites de sua atuação profissional, em situações que irão ocorrer no cotidiano profissional e que exijam o posicionamento imediato, que deverão, sempre, ter como perspectiva a concepção do projeto ético-político do Serviço Social. Trata-se da proteção à autonomia e liberdade profissional, a qual é frontalmente violada pela Portaria impugnada.

Entretanto, em confronto com as disposições legais conforme se observa da Portaria impugnada, há a instituição – por instrumento infralegal – da obrigatoriedade de notificação, por parte da equipe multidisciplinar que atende a pessoa (mulher, criança, homens trans e pessoas não binárias) que buscam a interrupção de gestação decorrente de estupro, à autoridade policial, em evidente violação ao sigilo profissional que orienta o exercício de suas atividades.

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/o 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.

Deve-se reconhecer que os arts. 1º, caput e parágrafo único, e 8º, da Portaria nº2.282 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 e violam normas éticas, de competência exclusiva dos conselhos de profissões regulamentadas.

Outro aspecto, que inquina a portaria de ilegalidade e que 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. A proibição da tortura, de acordo com o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e com a

Convenção Contra a Tortura, trata-se, ainda, de direito não-derrogável, sendo inadmissível a sua supressão ou a invocação de exceções que a justifiquem.

De acordo com entendimentos das cortes internacionais a prática de tortura 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”*.

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

Ainda, a determinação contida no art. 8º da Portaria nº 2.282, do Ministério da Saúde torna obrigatória a informação, por parte da equipe médica – independentemente de prévio questionamento da paciente ou de seu responsável legal – sobre a possibilidade de realização de ultrassonografia para visualização do feto ou embrião.

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. Tal 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.

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 duradouros.

Há que se considerar, ainda, a violação ao princípio da legalidade, tendo em vista o emprego de instrumento regulamentar para instituir obrigações que extrapolam os poderes e competências de Ministro de Estado da Saúde.

Não cabe ao Ministro ou ao Ministério da Saúde, 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.

Nesta perspectiva, diante da pretensão de: negar e interferir na natureza do sigilo; 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.

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. 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.

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.

VIII – DO PEDIDO

O CFESS reitera os acertados fundamentos do pedido liminar deduzido pelos partidos políticos autores, considerando a extrema urgência ou perigo de lesão grave demonstrada na presente situação.

Resta 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.

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;

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 nº1508/2005).

SYLVIA HELENA TERRA
OAB/SP 43.443