

**EXCELENTÍSSIMOS (AS) SENHORES (AS) MINISTROS (AS) DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 03.225.652/0001-12, com sede em SHCS CR 502, Bloco C, Loja 37, parte 020, Asa Sul, Brasília-DF, CEP 70330-530, admitida na condição de *amicus curiae*, vem respeitosamente, por suas advogadas, oferecer os presentes **MEMORIAIS**, com a finalidade de trazer novas informações que podem ser relevantes para Vossas Excelências no julgamento desta ADPF 737/DF, que pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, da Portaria 2.561, de 23 de setembro de 2020.

1. Trata-se de ação que pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, da Portaria nº 2.561/20, do Ministério da Saúde, que inova no ordenamento jurídico ao determinar que profissionais da saúde notifiquem a autoridade policial em caso de suspeita ou confirmação de estupro, bem como que preserve e entregue à autoridade policial ou peritos evidências materiais do crime, tais como fragmentos do embrião ou feto, independente da vontade da mulher.

2. Em manifestação juntada aos autos, o Ministério da Saúde afirma que a incondicionalidade da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual, instituída pela Lei nº 13.718/2018, e a subnotificação dos crimes de estupro tornariam constitucional o art. 7º da Portaria 2.561/20. No entanto, como pontuado em oportunidades anteriores, não há, na Lei nº 13.718/2018 ou em qualquer outra normativa, previsão de que profissionais de saúde notifiquem o crime sem o consentimento da mulher. Isso, por si só, já ensejaria a declaração de inconstitucionalidade do artigo impugnado por violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF/88). Contudo, é ainda relevante destacar que, como pontuado pela Anis e outros atores em manifestações anteriores, **(i) a incondicionalidade da ação penal apenas obriga o sistema de justiça, não o sistema de saúde; (ii) o desrespeito ao dever de confidencialidade afasta meninas e mulheres vítimas de violência dos serviços de saúde; (iii) obrigar vítimas de violência sexual a fazerem uma denúncia sem que estejam preparadas é uma forma de revitimização; (iv) aproximar as mulheres do sistema de justiça criminal perpassa não pela violação de sua autonomia, privacidade e sobreposição entre os deveres médicos e**

policiais, mas pela melhora desse sistema - que atualmente possui altos índices de revitimização e baixas taxas de condenação dos agressores - para melhor acolhê-las e protegê-las. Por esses e outros motivos, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro recomendaram que profissionais de saúde **apenas notifiquem a violência para fins estatísticos ou quando houver consentimento da vítima**¹.

3. **Além dessas inconstitucionalidades, fatos apurados e noticiados pela mídia recentemente indicam que o Ministério da Saúde incorreu em diversas outras inconstitucionalidades, ao violar princípios que regem a atuação da Administração Pública na edição da Portaria nº 2.561/20**².

4. Como é de conhecimento de V. Excelências, portarias emanadas pelo Poder Executivo, como as de nº 2.282/20 e 2.561/20, publicadas entre agosto e setembro pelo Ministério da Saúde, são atos normativos sujeitos a todos os princípios que regem a Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF) -, no intuito de assegurar a imparcialidade da atuação estatal e proteger as/os administradas/os de ingerências arbitrárias em suas vidas. Uma vez que a chamada “constitucionalização dos princípios administrativos” permite o controle concentrado da observância de tais atos normativos aos princípios da Administração Pública, tornam-se relevantes, para fins de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 737, os vícios existentes na elaboração da Portaria 2.561/20³. A normativa, além de violar o princípio da reserva legal (Arts. 5,º, II, e 37, *caput*, CF/88), mediante a criação de novas obrigações aos profissionais de saúde e novos obstáculos a direitos previstos em lei, **viola, também, os princípios da impessoalidade e da moralidade**.

5. Em resposta a pedido realizado pela equipe da Anis, com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), o Ministério da Saúde apresentou indícios de que a elaboração das Portarias de nº 2.282/20 e 2.561/20 **não observou os procedimentos previstos pelo próprio órgão para a elaboração de portarias que regulamentam políticas**

¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Recomendação Conjunta, 2 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-mpfdpu.pdf>>. Acesso em 30 out. 2020.

² MARTINELLI, Andréa; FERNANDES, Marcella. Ministério da Saúde ignorou exigências legais ao editar portaria que dificulta aborto em caso de estupro. HuffPost. 26/10/2020. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/tramite-portaria-aborto-religiao_br_5f931b9bc5b6494ba13bcd79>. Acesso em 30 out. 2020.

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

de saúde. Conforme será fundamentado em detalhes mais adiante, as portarias **deveriam ter sido apreciadas pela Consultoria Jurídica (Conjur), pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), todos do Ministério da Saúde**.

6. Com base nesse pressuposto, no dia 10 de setembro de 2020, quando ainda estava vigente a Portaria nº 2.282/20, a Anis solicitou ao órgão as manifestações das referidas autoridades, no intuito de ser esclarecida sobre os fundamentos de fato e de direito que teriam ensejado a norma. Em relação à Portaria nº 2.282/20, em uma primeira resposta, encaminhada no dia 07 de outubro de 2020, o Ministério da Saúde se limitou a afirmar que foi “provocado por meio de diversos ofícios da Defensoria Pública da União e de entidades da sociedade civil” e que o ato “não cria direitos ou obrigações” (documentos comprobatórios, pp. 03 - 66).

7. Em razão da não apresentação dos pareceres solicitados, a Anis apresentou recurso no dia 16 de outubro de 2020. Quando da resposta, em respeito ao dever de transparência, o órgão deveria encaminhar as informações ainda que a normativa tivesse sido revogada, porém não foi isso o que ocorreu, deixando dúvidas da existência mesma de tais pareceres. No dia 22 de outubro de 2020, o Ministério da Saúde, além de apresentar a justificativa - irrelevante diante de seu dever de transparência - de que a Portaria 2.282/20 havia sido revogada pela Portaria 2.561/20, acrescentou um novo argumento às suas respostas: o de que o parecer da Conjur não seria necessário, **uma vez que a normativa teria efeitos concretos** (documentos comprobatórios, pp. 69 - 71). Trata-se de uma justificativa que, além de não corresponder à realidade dos efeitos gerais e abstratos das Portarias 2.281/20 e 2.561/20, contraria o próprio conceito de ato de efeitos concretos estabelecido no “Manual de Orientação - Elaboração de Portarias no Ministério da Saúde”.

8. Como mencionado anteriormente, além do parecer da Conjur, seriam necessárias manifestações da CIT e do CNS. Dessa forma, a equipe da Anis solicitou tais informações também no dia 10 de setembro de 2020, cujo acesso - cumpre novamente destacar - deveria ter sido fornecido independente da renovação da referida norma, especialmente levando em consideração que a Portaria nº 2.561/20 manteve inconstitucionalidades da Portaria nº 2.282/2020. No dia 14 de outubro de 2020, após o prazo de resposta ter sido prorrogado sob o fundamento de que o órgão “não dispõe da informação solicitada”, a resposta do Ministério da Saúde foi, mais uma vez, a de que a portaria 2.282/20 havia sido revogada (documentos

comprobatórios, pp. 73-74). Diferente do ocorrido na resposta ao recurso no pedido de parecer da Conjur, desta vez o órgão não apresentou quaisquer outras justificativas acerca da existência das manifestações solicitadas.

9. **Uma vez que a Portaria nº 2.561/20 preservava inconstitucionalidades da normativa anterior, foram solicitadas as mesmas manifestações indicadas acima.** Quanto ao parecer da Conjur, solicitado pela Anis em 01 de outubro de 2020, o Ministério da Saúde, em resposta encaminhada no dia 21 de outubro de 2020, afirmou que o ato normativo também não tinha sido submetido à análise da Conjur, citando, para tanto, a Portaria nº 2.500/17, que dispensa o parecer apenas para atos normativos de efeito concreto (documentos comprobatórios, p. 77). É importante destacar que a normativa também define o que seriam as portarias de efeito concreto, apresentando uma **definição e rol exemplificativo que nada têm a ver com a natureza da Portaria nº 2.561/20**⁴. Segundo a definição, “portarias de efeito concreto” são os “atos normativos de efeito concreto editados no âmbito do Ministério da Saúde que disciplinem **situações concretas e sejam desprovidos de generalidade e abstração**, como as **portarias pessoais, as de provimento ou vacância de cargo público, as de delegação ou avocação de competência e as de criação de grupo de trabalho**”. Portarias de efeito abstrato são definidas como atos “**que possuam normas gerais e abstratas, como as que disponham sobre políticas, programas ou instruções para a execução de leis e decretos**”⁵. Ou seja, ainda que a intenção do Ministério da Saúde fosse meramente regulatória - o que não é o caso -, isso não excluiria o caráter de generalidade e abstração. O que importa é a abrangência dos impactos ocasionados pela norma.

10. No que se refere ao pedido dos pareceres da CIT e do CNS, realizado também no dia 01 de outubro de 2020, o Ministério da Saúde fez, novamente, menção à Portaria nº 2.500/17, afirmando que a Portaria 2.561/20 possuiria efeitos concretos. Para fundamentar sua resposta, o órgão citou o jurista José dos Santos Carvalho Filho, que definiria ato de efeito concreto como “aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, não havendo necessidade de qualquer outra interpretação” (documentos comprobatórios, p. 82). Não observou o Ministério que **o jurista define, acertadamente, que atos de efeito concreto são**

⁴ Portaria nº 2.500, de 28 de setembro de 2017. Art. 2º. IV - portarias de efeito concreto - atos normativos de efeito concreto editados no âmbito do Ministério da Saúde que disciplinem situações concretas e sejam desprovidos de generalidade e abstração, como as portarias pessoais, as de provimento ou vacância de cargo público, as de delegação ou avocação de competência e as de criação de grupo de trabalho.

⁵ Portaria nº 2.500, de 28 de setembro de 2017. Art. 2º. V - portarias normativas - atos normativos stricto sensu editados no âmbito do Ministério da Saúde, que possuam normas gerais e abstratas, como as que disponham sobre políticas, programas ou instruções para a execução de leis e decretos.

dirigidos a indivíduos plenamente identificáveis, de modo que, quando regula o desempenho de uma profissão (exemplo citado pelo próprio autor) - que envolve amplo círculo de abrangência, e não a indivíduos plenamente identificáveis - a Administração edita ato normativo de efeito genérico, abstrato e impessoal⁶. Longe de ter efeitos individuais e atingir pessoa(s) determinada(s)⁷ a normativa impacta sobre direitos de todas as meninas e mulheres que possam vir a ser vítimas de violência sexual e todos os profissionais de saúde que atuam nesses serviços.

11. A falta de clareza do Ministério da Saúde no decorrer das respostas aos pedidos de acesso a informações públicas, cujo fornecimento é direito de todas/os cidadãs/ãos, terminou por revelar uma conduta **protelatória - e, acima disso, violadora dos princípios da proporcionalidade, da eficiência e da publicidade administrativa - de respostas que poderiam ter sido apresentadas desde o início**. Foi necessário o protocolo de diversos pedidos e recursos para que, ao final, se obtivessem **respostas obscuras e/ou que não correspondem aos pedidos formulados**. Desse modo, o Ministério da Saúde deixou dúvidas acerca da existência de uma efetiva consulta às instâncias e conselhos cabíveis quanto à legalidade, constitucionalidade e compatibilidade da Portaria com o ordenamento jurídico. A legislação nacional e as normas éticas da instituição que determinam uma apreciação rigorosa de atos normativos como a Portaria nº 2.561/20, que afeta o acesso a um procedimento de saúde imprescindível para a vida, saúde e dignidade de mulheres e meninas, além de concretizarem os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade, **poderiam ter contribuído para evitar as inúmeras inconstitucionalidades presentes nas Portarias nº 2.282/20 e 2.561/20**.

12. Acertadamente, em observância aos princípios constitucionais da Administração Pública, o Decreto nº 9.795, de 17 de maio de 2019, atribui à Consultoria Jurídica (Conjur) do Ministério da Saúde as competências de (i) prestar assessoria e consultoria jurídica no âmbito do Ministério da Saúde; (ii) atuar, em conjunto com os órgãos técnicos do Ministério da Saúde, na elaboração de propostas de atos normativos que serão submetidas ao Ministro de Estado; (iii) realizar a revisão da técnica legislativa e **emitir parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a compatibilidade com o ordenamento jurídico das propostas de atos normativos**; entre outras. Tratam-se de competências legais, que devem ser **obrigatoriamente** observadas pelo Ministério da Saúde, especialmente no que refere a temas tão delicados como o acesso de meninas e mulheres vítimas de violência aos serviços de saúde. Com

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

⁷ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

esse rigor, torna-se possível evitar obstáculos inconstitucionais como os impostos pela Portaria 2.281 e, agora, pela Portaria 2.561, os quais causam enorme insegurança jurídica para a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à intimidade, à vida privada e à saúde física e psíquica.

13. Visando orientar o devido processo legal no âmbito do Ministério da Saúde, o “*Manual de Orientação - Elaboração de Portarias no Ministério da Saúde*”⁸, publicado pelo órgão em 2010, elenca uma lista de matérias que, por sua natureza, devem receber parecer da Conjur/MS, dentre as quais estão **portarias** (i) que instituem ou **regulamentam programas e políticas nacionais de saúde**; (ii) que regulamentam dispositivo constitucional ou legislação infraconstitucional, como leis e decretos; e (iii) que **disponham, de forma geral e abstrata, sobre saúde da mulher**. Na medida em que referida normativa do Ministério da Saúde **se propõe a regulamentar** - embora, em verdade, vá além disso - **política pública que está no âmbito da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - Paism**, não há dúvidas de que a ausência do devido processo na tramitação da portaria é medida que contraria, notória e gravemente, a lei e as diretrizes que orientam a atuação do Ministério da Saúde.

14. Segundo o “*Manual de Orientação - Elaboração de Portarias no Ministério da Saúde*”⁹, são considerados atos de efeitos concretos aqueles que preveem regras de condutas individuais e imediatas, como exoneração de servidores, cadastro de hospitais e definição de série numérica nacional de Autorização de Internação Hospitalar (AIH). De acordo com o documento, normativas que tratam de políticas de saúde devem receber parecer do Comissão Intergestores Tripartite (CIT), do Conselho Nacional de Saúde (CNS) da Consultoria Jurídica (Conjur), como mencionado anteriormente. O manual destaca que mesmo a criação de Comissões, Comitês, Grupos de Trabalho e Câmaras Técnicas, embora ato de efeito concreto, deve ser analisada pela Conjur, pois consiste em uma forma de concretizar programas de saúde.

15. Não restam dúvidas, portanto, acerca da inconstitucionalidade adicional em que incorreu o Ministério da Saúde ao editar uma portaria que não só influi em políticas de saúde, como restringe direitos fundamentais de meninas e mulheres vítimas de violência, sem a observância da impessoalidade e da moralidade administrativas, notadamente das regras

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Coordenação-Geral de Inovação Gerencial. Manual de orientação: elaboração de portarias no Ministério da Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/manual_de_orientacao_elaboracao_portarias.pdf>. Acesso em 28 out. 2020. .

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Coordenação-Geral de Inovação Gerencial. Manual de orientação: elaboração de portarias no Ministério da Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/manual_de_orientacao_elaboracao_portarias.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

institucionais que contribuem para a efetivação de tais princípios. Como define Hely Lopes Meirelles, o princípio da moralidade administrativa determina que, para atingir o bem comum, a Administração Pública atue de maneira ética, de acordo com as normas jurídicas e as normas éticas da instituição, cuja observância é imprescindível para garantir o bom exercício da administração, a eficiência e a limitação da discricionariedade do administrador. Esse princípio se relaciona com o princípio da impessoalidade, que, ao determinar que a Administração aja de acordo com o interesse público, requer o respeito a práticas que impeçam que interesses privados se sobreponham ao atendimento da finalidade pública, que é sempre aquela que melhor satisfaz a lei¹⁰.

16. Nota-se que, no processo de edição das portarias de nº 2.282/20 e 2.561/20, o Ministério da Saúde fez com que prevalecesse o interesse de organizações particulares ao desconsiderar procedimentos que contribuem para a garantia da moralidade e impessoalidade. Conforme os documentos encaminhados pelo órgão, **as diversas provocações, longe de caracterizarem um processo democrático de acionamento e atuação institucional - como insinuado nas respostas aos pedidos de acesso à informação -, dizem respeito tão somente a ofícios encaminhados pela Associação Virgem de Guadalupe, representada por Defensor Público Federal¹¹, e pelo Instituto de Defesa da Vida e da Família.** Vê-se que a elaboração da normativa não foi precedida de análises cuidadosas que a profundidade do tema demanda, tampouco considerou as melhores evidências de saúde existentes e a realidade de mulheres e meninas vítimas de estupros, cujos direitos e interesses são dignos de igual consideração e respeito por parte de todas as pessoas e especialmente da Administração Pública. É certamente benéfico que o Ministério da Saúde esteja aberto a provocações, sugestões e demandas da sociedade civil para o correto controle social de políticas públicas de saúde, **mas não é concebível que ignore os trâmites necessários para revisões normativas de impacto direto na provisão de serviços, sob pena de permitir a colonização da coisa pública por interesses privados.**

17. Uma conduta do Ministério da Saúde comprometida com a democracia não ignoraria a Recomendação nº 064, de 29 de setembro de 2020, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que sequer foi indicada nas respostas mais recentes aos pedidos de acesso à

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹¹A atuação do defensor como representante da associação é alvo de processo no Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU). Ver: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/10/sem-autorizacao-defensor-antiaborto-atuou-em-portaria-para-dificultar-acesso-ao-procedimento.shtml>.

informação formulados pela equipe da Anis. Como se sabe, o CNS é um importante órgão consultivo de participação social, que integra a estrutura organizacional do Ministério da Saúde, sendo composto por **representantes de usuários, governo e prestadores da área da saúde e profissionais de saúde**. A Recomendação nº 064/20, na medida em que é dirigida ao Congresso Nacional, revela, no mínimo, que o Ministério da Saúde desconsiderou o posicionamento do conselho. Nela, o CNS pede urgência na tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 409, de 24 de setembro de 2020, que prevê a sustação dos efeitos da Portaria nº 2.561/20, argumentando que a portaria “inviabiliza o atendimento das mulheres e meninas vítimas de violência sexual nos serviços de saúde, ao fazer exigências que dificultam o acesso aos serviços e afeta o acesso ao direito fundamental à saúde”¹².

18. Por todo o exposto, a Anis reitera sua manifestação pela integral procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 737, para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 7º da Portaria nº 2.561, de 23 de setembro 2020, do Ministério da Saúde, pelas razões acima expostas.

Nestes termos, pede deferimento.

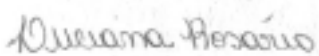
Brasília, 05 de novembro de 2020.



Amanda Luize Nunes Santos
OAB/DF 65.652



Gabriela Rondon
OAB/DF 43.231



Luciana Alves Rosário
OAB/DF 58.775

¹² CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Recomendação nº 064, de 29 de setembro de 2020. Recomenda ao Congresso Nacional a aprovação em regime de urgência do Projeto de Decreto Legislativo nº 409/2020. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1391-recomendacao-n-064-de-29-de-setembro-de-2020>>. Acesso em 30 out. 2020.