



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 207.857/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF

Relatora: Ministra **Cármen Lúcia**
Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos
(ANADEP)
Interessados: Congresso Nacional
Presidente da República

CONSTITUCIONAL, SANITÁRIO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS ASSOCIADAS AO VÍRUS ZICA E À SUA SÍNDROME CONGÊNITA. ART. 18, *CAPUT*, §§ 2º E 3º, DA LEI 13.301/2016. ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS DO EXECUTIVO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ANADEP. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. MÉRITO. ADI. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LIMITE TEMPORAL. COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE. EXIGÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ADPE. ADMISSIBILIDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ.

1. A Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), que representa defensores públicos ativos e aposentados, não detém legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de atos estatais que disponham sobre políticas públicas associadas ao *zika* vírus e à microcefalia. Não há pertinência temática entre seus objetivos institucionais e o objeto da ação.

2. É inconstitucional fixação de prazo máximo para fruição de benefício de prestação continuada por pessoa com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zica.

3. É inconstitucional exigência de comprovação de miserabilidade para obtenção de benefício de prestação continuada (BPC) fixado no art. 18 da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016. Presunção de vulnerabilidade de famílias com crianças diagnosticadas com sequelas da síndrome congênita do vírus zica.
4. É inconstitucional, para concessão de BPC do art. 18 da Lei 13.301/2016, requisito de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social, quando não houver agência da autarquia no domicílio da família afetada ou quando a perícia não for realizada no prazo de 30 dias do requerimento; cabe, nesses casos, apresentação de dois laudos médicos com descrição de sequelas da síndrome congênita do zica, para análise do direito ao benefício.
5. Deve-se conferir interpretação conforme ao art. 18, *caput* e parágrafo único, da lei, a fim de reconhecer o direito ao BPC a pessoas infectadas pelo vírus zica por outras formas de transmissão, que não por meio do mosquito *Aedes aegypti*.
6. É constitucional previsão do art. 18, § 2º, da Lei 13.301/2016, de que, durante o recebimento de salário maternidade, não será concedido o BPC.
7. Cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar insuficiência de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos fundamentais.
8. Constatação judicial de proteção deficiente de direitos fundamentais em políticas públicas, principalmente no que respeita à proteção do mínimo existencial, pode autorizar o Judiciário a impor seu cumprimento pelos entes estatais. É recomendável, para tanto, juízo conclusivo da ineficácia dos programas para atendimento da diretriz constitucional. Proposta de realização de audiência pública.
9. É constitucional interrupção de gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zica, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva. Configura-se causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento apropriado, nessas situações.
10. Configura perigo na demora processual situação epidemiológica decorrente do vírus zica, reconhecida internacionalmente

como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

11. Proposta de determinação de que o Executivo apresente, em até 90 dias, propostas de reformulação de seus planos de ação, considerando as demandas expostas na petição inicial, no que procederem, a fim de assegurar proteção suficiente dos direitos constitucionais violados pela negligência estatal.

12. Parecer pelo não conhecimento das ações, por ilegitimidade ativa da ANADEP, e, superada a preliminar, por procedência parcial dos pedidos de medida cautelar.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere a políticas públicas relacionadas ao vírus da zica e à microcefalia.

Na ação direta de inconstitucionalidade, a ANADEP impugna o art. 18, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016, que dispõe sobre adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chicungunha e do vírus da zica.

Este é o teor das normas:

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

[...]

§ 2º O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia.

§ 3º A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Aponta como parâmetros de controle os arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput*; 6º; 203 e 227 da Constituição da República, e os arts. 7, 25, 26 e 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Segundo a requerente, o Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia, aprovado pelo Poder Executivo, é insuficiente para garantir os direitos de mulheres e crianças afetadas pela epidemia da zica, pois apenas resume políticas vigentes de distribuição de contraceptivos. Afirma que não há políticas sociais especializadas para atender às famílias vitimadas. Aduz que as malformações e complicações neurológicas decorrentes do vírus comprometem aspectos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais dos recém-nascidos, de maneira que suporte estatal é essencial para assegurar vida digna a essas crianças, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana, ao objetivo fundamental de garantir a todos vida livre de discriminação e aos direitos de proteção à maternidade e à infância.

Invoca o julgamento da reclamação 4.374/PE pelo Supremo Tribunal Federal, em que se declarou inconstitucionalidade do art.

20, § 3º, da Lei 8.472, de 7 de dezembro de 1993, o qual considerava como incapaz para obter benefício de prestação continuada (BPC) a pessoa com deficiência ou idosa, “a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 ([...]) do salário-mínimo”. Defende inconstitucionalidade da restrição do benefício ao prazo máximo de três anos, porquanto os impactos sofridos por crianças afetadas pela síndrome persistirão por toda a vida. Afirma que a transmissão do vírus não ocorre somente pelo mosquito vetor, de maneira que se deve reconhecer a todas as crianças com sequelas neurológicas decorrentes da zica direito ao BPS e demais programas sociais relacionados. Assevera que o art. 18, *caput*, da Lei 13.301/2016 não exige comprovação de miserabilidade para o benefício.

Requer declaração de inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 13.301/2016, porquanto salário maternidade não pode configurar obstáculo para o BPS. Tal previsão legal “viola determinações constitucionais de proteção à família e à criança (art. 203, I, CR), de amparo às crianças (art. 203, II, CR), de habilitação de pessoa com deficiência e de promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV, CR) e da garantia de um salário mínimo para pessoa com deficiência que necessitar (art. 203, V, CR)”.

Na ação direta de inconstitucionalidade, requer:

(i) interpretação conforme a Constituição do art. 18, *caput*, da Lei 13.301/2016, para afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício de prestação continuada e para sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do *zika*, sem a necessidade de comprovação da

situação de vulnerabilidade, em virtude da presunção dessa circunstância, e com possibilidade de comprovação da seqüela neurológica por meio de declaração de profissional médico, dispensando-se a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social;

(ii) declaração de inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 13.301/2016, de forma a admitir o pagamento cumulado do benefício de prestação continuada e do salário maternidade;

(iii) interpretação conforme a Constituição do art. 18, § 3º, a fim de assegurar salário maternidade a mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do *Zika*.

Mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugna atos omissivos do poder público quanto a: (i) garantia de acesso a informação sobre o estado atual do conhecimento médico acerca da epidemia do vírus zica e sobre formas de prevenção; (ii) garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo métodos contraceptivos; (iii) acesso a serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zica; (iv) possibilidade de interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zica.

Indica como preceitos constitucionais violados: dignidade do ser humana, livre desenvolvimento da personalidade, direitos a liberdade e a integridades física e psicológica, direito a informação, proteção à infância e à maternidade, direito a saúde e a prevenção de doenças, direito a seguridade social, direito a planejamento familiar e liberdade reprodutiva e direito a proteção de pessoas com deficiência.

Na ADPF, requer:

(i) a determinação ao Poder Público Nacional e, especialmente, ao Executivo Federal para garantir a realização de Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do zika, além do pagamento de tratamento fora de domicílio (TFD) para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km, além do reconhecimento da obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção;

(ii) que o Poder Público Nacional e especialmente o Executivo Federal apresente em suas páginas da rede mundial de internet e coordene a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e e escolas, especialmente para todas as adolescentes e mulheres em idade reprodutiva, com informações sobre formas de transmissão, efeitos conhecidos e ainda não conhecidos da epidemia e métodos contraceptivos necessários e disponíveis na rede pública para aquelas que desejarem não engravidar. Ainda, que se proceda à revisão do Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia em conformidade com as diretrizes expedidas pela OMS e OPAS;

(iii) a determinação de criação de políticas públicas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva ao Executivo Federal, em especial àquelas em situação vulnerabilidade, de distribuição de anticoncepcionais de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG) e, para mulheres grávidas, a distribuição de repelente contra o mosquito vetor;

(iv) a interpretação conforme a Constituição é medida hábil à garantia de tais preceitos fundamentais, a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é

conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou; b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez, e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus Zika, até o julgamento definitivo.

Caso o Supremo Tribunal Federal entenda não conhecer os pedidos (i), (ii) e (iii), requer conhecimento deles como ADI com interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos:

(i) do art. 1º, *caput* e § 1º, II, da Lei 13.301/201697, para reconhecer o dever da autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal em determinar e executar medidas necessárias como realização de campanhas educativas e de orientação à população, em especial às mulheres em idade reprodutiva e gestantes, divulgadas em todos os meios de comunicação, incluindo programas radiofônicos estatais, bem como nas páginas do Governo Federal da rede mundial de internet, e de coordenar a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e em escolas, especialmente para todas as adolescentes e mulheres em idade reprodutiva, com informações sobre formas de transmissão, efeitos conhecidos e ainda não conhecidos da epidemia e métodos contraceptivos necessários e disponíveis na rede pública para aquelas que desejarem não engravidar. Ainda

que se proceda à revisão do Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia em conformidade com as diretrizes expedidas pela OMS e OPAS;

(ii) do art. 1º, *caput* e §§ 1º e 3º da Lei 13.301/2016, para reconhecer o dever da autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal em determinar e executar as medidas necessárias no contexto de epidemia de Zika vírus, entendendo que os incisos do §§ 1º e 3º preveem situações meramente exemplificativas, devendo também ser entendidas como obrigações do Governo Federal a garantia de Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do Zika vírus, além do pagamento de TFD para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km para a realização de Estimulação Precoce e a distribuição de repelente contra o mosquito vetor às mulheres grávidas, além do reconhecimento obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção;

(iii) do artigo 9º Lei Federal 9.263/1996, reconhecendo a obrigação do Executivo Federal em oferecer às mulheres em idade reprodutiva, em especial àquelas em situação de vulnerabilidade, contraceptivos reversíveis de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG).

A relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, em 1º de setembro de 2016, aplicou o art. 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça eletrônica 34).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por não conhecimento das ações e por indeferimento dos pedidos cautelares (peça 39).

É o relatório.

2. ILEGITIMIDADE DA REQUERENTE: FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA

O requisito da pertinência temática não está presente na entidade requerente ante o objeto desta ação, o que caracteriza ilegitimidade dela. Segundo o estatuto da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), a sociedade civil, “que congrega Defensores e Defensoras Públicos do País, aposentados ou não”, foi criada para defender as “prerrogativas, direitos e interesses, pugnando pela independência e prestígio da Defensoria Pública” (peça 3). Estabelece o art. 2º do estatuto, entre suas finalidades institucionais:

Art. 2º São finalidades da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP:

I – representar e promover, por todos os meios, em âmbito nacional, a defesa das prerrogativas, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos seus associados efetivos, em juízo ou fora dele, velando pela unidade institucional da Defensoria Pública, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, após prévia aprovação e autorização assemblear;

II – trabalhar em conjunto com as Associações de Defensores Públicos dos Estados, do Distrito Federal, da União e dos Territórios, bem como com todos os demais colegiados institucionais, para o atendimento de suas finalidades, pela garantia do número suficiente de Defensores e Defensoras públicas, pela eficiência operacional e remuneração compatível com a importância do cargo;

III – promover e incentivar a realização de eventos de Defensores Públicos para a discussão de temas jurídicos e doutrinários de seu interesse;

IV – colaborar com os Poderes Constituídos no aperfeiçoamento da ordem jurídica, fazendo representações, indicações, requerimentos ou sugestões à legislação existente ou a projetos em tramitação;

V – editar seu informativo;

VI – atuar, nacional e internacionalmente, em proteção e defesa de toda a pessoa ou grupo que esteja em situação de vulnerabilidade, bem como do meio ambiente, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

VII – articular-se com instituições nacionais ou estrangeiras, por filiação, intercâmbio ou convênio, bem como firmar parcerias e participar de conselhos e organizações identificados com os segmentos e atividades descritos no inciso anterior;

VIII – promover ações visando o controle de constitucionalidade, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle difuso e concentrado (mandado de segurança coletivo e habeas data) e as ações coletivas.

Conquanto o art. 2º, VI, do estatuto da ANADEP descreva grupos específicos em prol dos quais a associação poderia atuar, a situação não se confunde com a legitimidade própria das entidades de classe de âmbito nacional habilitadas a ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no art. 103, IX, da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal reconhece viabilidade de ações diretas propostas por entidades de classe de abrangência nacional, desde que o objeto da ação guarde pertinência com os interesses próprios da classe representada. Os julgados que se seguem, entre diversos outros, refletem o entendimento:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Legitimidade ativa para oferecimento de representação de inconstitucionalidade. Pertinência temática. Reconhecimento. Inteligência da norma do art. 230, § 2º, da Constituição Federal.

1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas

que digam respeito aos interesses típicos da classe que representam.

2. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assegura a gratuidade em transportes públicos urbanos aos cidadãos que possuem mais de sessenta e cinco anos de idade.

3. Agravo regimental não provido.¹

I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP [...]

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário – e, em consequência, entre os do Ministério Público. [...]

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.²

Políticas públicas relativas à prevenção e ao combate do vírus zica, à síndrome congênita a ele associada e à microcefalia dele decorrente não possuem relação com interesses jurídicos típicos de defensores públicos, suas prerrogativas e direitos. Os atos impugnados versam sobre políticas públicas relacionadas à epidemia do vírus. Trata-se de matéria de relevância para a sociedade, porém estranha aos interesses da ANADEP, não obstante a cláusula aberta de seu estatuto, que parece dar-lhe atribuição de atuar na defesa de variados interesses e direitos difusos e coletivos.

1 Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento 704.192/RJ. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. 22/5/2012, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 121, 20 jun. 2012.

2 STF. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 2.797/DF. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 15/9/2005, maioria. *DJ*, 19 dez. 2006, p. 37.

Conquanto louvável a previsão estatutária, se ela bastasse para tornar presente pertinência temática, qualquer entidade de classe de abrangência nacional poderia promover controle concentrado de constitucionalidade sobre qualquer tema, desde que seus atos constitutivos previssem finalidade semelhante.

Não há relação próxima entre os fins da associação de defensores e os interesses difusos ligados à saúde, objeto da ação. Tampouco atende ao requisito de pertinência temática o argumento de que as alegadas deficiências estatais no enfrentamento da epidemia do vírus zica atingem a população economicamente vulnerável, destinatária constitucional do trabalho da Defensoria Pública, cujos membros são associados da requerente. Se tal argumento prosperasse, a ANADEP passaria a deter uma quase absoluta legitimidade ativa para controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, em princípio, lesão a qualquer direito fundamental é capaz de prejudicar pessoas economicamente desfavorecidas, usuárias potenciais dos serviços da DP.

Não se pode confundir a ANADEP com a própria Defensoria Pública, do mesmo modo como não se podem confundir as prerrogativas legais e processuais das associações de juízes e de membros do Ministério Público com as dos órgãos a que seus associados pertencem.

Apesar de resistência de parte expressiva da doutrina,³ que identifica na exigência de pertinência temática indevido cruzamento com o processo judicial clássico, de caráter subjetivo, está

3 Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.185; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 304-305.

ela corretamente pacificada na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.⁴ Impõem esse filtro a invencível sobrecarga de trabalho do STF e a necessidade de restringir acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, como ocorre na maior parte das cortes constitucionais do mundo ocidental.

É manifesta a ausência de legitimidade da autora para propor estas ações, por falta de pertinência temática. Embora a Constituição da República tenha realizado democrática abertura no rol dos órgãos e entidades aptos a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, o reconhecimento da legitimidade das associações deve obedecer à jurisprudência desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorre em outros países, em face das limitações operacionais inerentes ao controle de constitucionalidade.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República de 1988 elevou ao *status* de norma constitucional matéria relativa à política de assistência social. Dispõe sobre fonte de custeio, descentralização administrativa entre os entes da federação, democratização da gestão da assistência social etc. O art. 203 fixa os objetivos da assistência social e consolida, no inciso V, direito de caráter essencial, que consiste em um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, sem condições de prover o próprio sustento, conforme dispuser a lei.

4 STF. Plenário. AgR na ADI 5.023/MT. Rel.: Min. ROSA WEBER. 16/10/2014, un. *DJe* 218, 6 nov. 2014.

Trata-se de direito fundamental vinculado a garantir o mínimo existencial a pessoas em situação de vulnerabilidade, de maneira que sejam atendidos o princípio da dignidade humana (CR, art. 1º, III) e o objetivo fundamental da República de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (CR, art. 3º, III).

O Ministro GILMAR MENDES ressaltou a importância da assistência social na Constituição:

Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.⁵

Para possibilitar a fruição desse direito, o Poder Legislativo editou a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), que, no art. 20, estipulou: “o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 ([...]) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”.

⁵ STF. Plenário. Reclamação 4.374/PE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 18/4/2013, maioria. *DJe* 173, 3 set. 2013.

A Lei 13.301, de 27 de junho de 2016, que dispõe sobre adoção de medidas de vigilância em saúde ante iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chicungunha e do vírus da zica, dispôs sobre o benefício de prestação continuada nos seguintes termos:

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

§ 1º (VETADO).

§ 2º O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia.

§ 3º A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 4º O disposto no § 3º aplica-se, no que couber, à segurada especial, contribuinte individual, facultativa e trabalhadora avulsa.

§ 5º O montante da multa prevista no art. 8º da Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, destinado à União, poderá ser utilizado nas ações previstas neste artigo.

Quanto ao art. 18, *caput*, da Lei 13.301/2016, a requerente pleiteia interpretação conforme a Constituição, para fixar que “farão jus ao benefício de prestação continuada a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com o afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício na con-

dição de pessoa com deficiência, as crianças vítimas de microcefalia ou de outras alterações no sistema nervoso em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zica, sendo desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância, e reconhecendo a comprovação da sequela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico, sendo dispensada a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)”. Na verdade, refere-se ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Possui razão a requerente ao arguir inconstitucionalidade da limitação temporal à fruição do benefício. A condição de deficiência decorrente da síndrome congênita do zica produzirá reflexos durante toda a vida da pessoa afetada. Conforme parecer da Dra. LAURA RODRIGUES, os impactos na saúde da criança são inúmeros, gravíssimos e podem aparecer apenas após o crescimento (peça 6):

As descrições da síndrome são muito consistentes: morte fetal, anormalidades do cérebro com ou sem microcefalia, déficit visual e auditivo. As lesões neurológicas, investigadas através de imagem radiológica do cérebro, indicam que as lesões são predominantemente no córtex (responsável por memória, atenção, percepção, pensamento, linguagem, consciência, alerta); no recém-nascido, se manifestam com irritabilidade e choro muito frequente, falta de contato visual, hipertonia e espasmos infantis. Uma consequência mais rara da hipertonia, ainda durante a gravidez, é que os membros podem não se desenvolver regularmente, e, ao nascimento, podem estar deslocados (artrogripose e displasia da articulação do quadril). Nas imagens radiológicas do cérebro são

comuns calcificações corticais e subcorticais (em que os neurônios são substituídos por material calcificado), com giros simplificados (lisencefalia, paquigiria, atrofia cortical), hipoplasia do tronco cerebral, hipoplasia do cerebelo, mielinização atrasada e ventriculomegalia.

Os achados de pesquisa foram descritos em neonatos ao nascimento ou logo após o nascimento. Como em outras síndromes congênicas[,] é esperado que crianças aparentemente sem alterações ao nascimento desenvolvam sintomas no decorrer da infância, e crianças com anomalias ao nascimento podem desenvolver novas complicações. Como a epidemia de síndrome congênita do Zika é muito recente, a informação sobre a história natural é ainda muito limitada. O conhecimento sobre a evolução das crianças com a síndrome só será completo quando as crianças sobreviventes ficarem mais velhas. Algumas crianças têm sido observadas sistematicamente, e a seguir relato informações que provêm de entrevistas com médicos e não foram ainda publicadas na literatura científica.

Os fatores mais marcantes são, mais uma vez, neurológicos, e incluem uma frequência crescente de epilepsia e de dificuldades em alimentação (disfagia) que podem requerer alimentação por sonda, com o risco aumentado de pneumonia por aspiração; atraso – que pode ser muito severo – no desenvolvimento motor e cognitivo; diagnóstico tardio de deficiência visual e auditiva. A irritabilidade das crianças, com choro extremamente frequente, pode requerer medicação. Já foram descritos achados de recém-nascidos aparentemente sem alterações, porém com calcificações cerebrais. Em semelhança a outras síndromes de infecções congênicas, espera-se que crianças aparentemente sem alterações ao nascimento mostrem atraso de desenvolvimento motor e cognitivo.

Fixação de máximo de três anos para o benefício não se coaduna com a necessidade de proteção dessa parcela da população, que sofrerá ao longo de toda a vida os impactos da síndrome congênita do zica. Limitação temporal do benefício assistencial acarreta proteção insuficiente dos direitos fundamentais das pessoas

com deficiência e omissão inconstitucional, que justificam intervenção do Judiciário para assegurar cumprimento efetivo do dever constitucional fixado no art. 203, V, da CR.⁶

Além disso, impõe a essas famílias, já marcadas por inúmeras dificuldades, barreiras e incertezas, mais uma preocupação, relativa a pleitear novamente benefício assistencial, com fundamento em outro diploma legal, após o decurso de três anos. Em outras palavras, fixar prazo máximo para obtenção do BPC significa colocar barreira a direito fundamental expressamente previsto na Constituição da República e negar o próprio direito aos cidadãos que são seus destinatários.

Não há previsão semelhante na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993), no Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003) e no Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146, de 6 de julho de 2015). A necessidade do benefício permanece em razão das condições fáticas que justificam sua própria concessão, ressalvada a improvável hipótese de o poder público constatar que tais condições cessaram, por cura.

A despeito de não haver ainda pesquisas abundantes sobre os impactos da síndrome congênita do zica nas famílias, relata-se que

6 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

a renda familiar tende a diminuir, pois os cuidados exigidos pela síndrome demandam atenção permanente, o que não raro implica perda do emprego e impossibilidade de trabalho externo do responsável pela criança – que, regra geral, é a mãe (peça 6).

Nas palavras da filósofa MARTHA NUSSBAUM, “[...] uma boa sociedade deve organizar-se para oferecer cuidados àqueles em condição de extrema dependência, sem explorar as mulheres como elas foram tradicionalmente exploradas, sendo privadas, assim, de outras importantes capacidades”.⁷

É igualmente caso de presunção de miserabilidade para concessão do benefício de prestação continuada. O art. 18, *caput*, não exige comprovação de baixa renda para o benefício. O fato de ter sido objeto de veto o art. 18, § 1º, da Lei 13.301/2016, segundo o qual, “para efeito da primeira concessão do benefício, presume-se a condição de miserabilidade do grupo familiar”, não significa que o benefício dependa de comprovação de baixa renda.

Nas palavras de WEDERSON SANTOS, “os princípios de justiça que embasam a concepção do BPC como política de transferência de renda estão relacionados a eliminar a desigualdade e opressão social que as pessoas com deficiência experimentam na extrema pobreza. Portanto, a avaliação das pessoas deficientes para o BPC tem de levar em consideração, além de condições de saúde, as

7 NUSSBAUM, Martha. Capacidade e justiça social. In: *Deficiência e igualdade*. DINIZ, Débora, MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Livia (Orgs.). Brasília: 2010, Letras Livres, Universidade de Brasília, p. 36.

condições sociais e ambientais que influenciam na determinação da desigualdade pela deficiência”.⁸

Presunção de miserabilidade impõe-se ante a realidade social da maioria das famílias com crianças diagnosticadas com síndrome congênita do zica e a incerteza científica quanto a todos os efeitos potenciais à saúde da criança e à estrutura familiar. É notório que as maiores vítimas da negligência estatal na prevenção e no combate à epidemia são mulheres pobres e nordestinas.

Somam-se a esse contexto os cuidados demandados por crianças com microcefalia, conforme observa FERNANDO GAIGER SILVEIRA (peça 10):

Portanto, uma criança com microcefalia demanda cuidados adicionais das famílias, e de acordo com o grau de comprometimento ocasionado pela doença haverá a necessidade da mobilização de um adulto em idade ativa – frequentemente a mãe – para prover os cuidados necessários. Trata-se de um contingente de famílias pobres que[,] ao serem privadas da renda de um dos seus membros na provisão financeira[,] viverão no limiar da pobreza. As graves situações de dependência nos casos de microcefalia potencializam a pobreza monetária e o grau de vulnerabilidade dos indivíduos e de suas famílias[,] devendo ser ponderadas no acesso ao programa.

Mensuração da renda familiar é critério inadequado para concessão do BPC em caso de pessoa com síndrome congênita do zica, porquanto a vulnerabilidade dessa parcela populacional e de seus familiares é notória, dados os impactos financeiros, sociais e

8 SANTOS, Wederson. O que é incapacidade para a proteção social brasileira? In: *Deficiência e igualdade*. DINIZ, Débora, MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Livia (orgs.). Brasília: 2010, Letras Livres, Universidade de Brasília, p. 189.

psicológicos dessa condição, como perda de emprego, separação do casal, abandono do lar, diminuição de renda e gastos elevados com tratamentos para pessoa com deficiência. A vulnerabilidade constitui situação que faz presumir condição de miserabilidade das famílias, de maneira que deve ser afastada exigência de comprovação de renda miserável para o benefício de prestação continuada.

O art. 203, V, da CR, ao garantir um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência estipulou como critério a comprovação de que não existam meios para prover à própria manutenção ou de tê-la provida pela família. Critério reducionista de renda familiar não atende ao parâmetro constitucional e exclui do benefício famílias vulneráveis que necessitam da verba para seu sustento minimamente digno, ante a tragédia que frequentemente o vírus zica desencadeia. Por mais que o texto constitucional se refira à lei para definição do benefício, não é possível sua fixação de maneira restrita a ponto de não alcançar o próprio objetivo constitucional pretendido com a previsão do benefício.

O Supremo Tribunal Federal, na reclamação 4.374/PE,⁹ revisou posicionamento da ADI 1.232/DF¹⁰ quanto à constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, o qual estabelece requisito de renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo para o benefício de prestação continuada. Ao revisitar a questão, o Tribunal declarou inconstitucionalidade parcial sem

9 STF. Plenário. Reclamação 4.374/PE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 18/4/2013, maioria. *DJe* 173, 3 set. 2013.

10 STF. Plenário. ADI 1.232/DF. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. 27/8/1998, maioria. *DJ*, 1º jun. 2001.

pronúncia de nulidade do dispositivo legal e reconheceu a insuficiência do critério adotado pelo legislador.

Por outro lado, para garantir acesso à assistência social às famílias com crianças acometidas pela síndrome congênita do zica, é imperioso afastar exigência de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social para concessão do benefício. Consoante bem destacou a requerente, há dois problemas centrais relativos ao tema que obstaculizam o direito constitucional ao BPS: a) difícil acesso de mães, pais e crianças com sequelas da síndrome aos postos de atendimento do INSS, não raro distantes da residência e da comunidade em que vivem; b) demora incompatível no agendamento e na confecção de perícia médica pelos profissionais do INSS, fato incompatível com a necessidade de obtenção do BPC de forma imediata.

Considerando a situação de vulnerabilidade suportada pela maioria dessas famílias e todas as dificuldades e incertezas por elas enfrentadas em razão da epidemia, a Procuradoria-Geral da República entende cabível dispensa de perícia médica do INSS, quando não houver agência da autarquia no domicílio da família afetada ou quando a perícia não for realizada no prazo de 30 dias do requerimento, e, em seu lugar, a apresentação de **dois laudos médicos** com descrição de sequelas da síndrome congênita do zica, para análise do direito ao benefício.

A ANADEP pleiteia interpretação conforme a Constituição para o art. 18, *caput* e § 3º, da Lei 13.301/2016, de modo que o

direito ao BPC e à licença-maternidade nos moldes delineados nos dispositivos seja assegurado à mãe de crianças acometidas pela síndrome congênita do zica, mesmo que não transmitida pelo *Aedes aegypti*.

Deve ser deferida a medida cautelar nesse ponto, pois não há certeza científica quanto aos vetores do vírus zica. Investiga-se atualmente se outros mosquitos são também transmissores do vírus. Além disso, este poderia ser transmitido sexualmente e por transfusão de sangue de pessoas infectadas:

A principal forma de transmissão no Brasil – e nas áreas em que o *Aedes* está presente – é vetorial, com transmissão através do mosquito (o vetor) entre uma pessoa infectada e uma pessoa suscetível. A transmissão até agora aceita pela literatura científica é pelo mosquito *Aedes aegypti*, porém há indicações de que a transmissão possa ser feita por outros *Aedes*, e também pelo mosquito *Culex*, o qual é ainda mais abundante do que o *Aedes*. Além da transmissão por vetores, o vírus *Zika* pode ser transmitido sexualmente, tanto de homens a mulheres quanto de mulheres a homens. Existe ainda a possibilidade de transmissão através de transfusão de sangue de pessoas infectadas. Está em curso a investigação de um caso de possível transmissão de pessoa a pessoa sem envolvimento de atividade sexual ou transfusão de sangue.¹¹

As mesmas razões que justificam o benefício de prestação continuada às pessoas com sequelas da síndrome congênita do zica decorrentes de transmissão por *Aedes aegypti* aplicam-se à infecção por outras formas de transmissão. Conferir tratamento desigual para essas duas situações acarreta tratamento anti-isonômico injustificado e incompatível com a Constituição da República.

11 Peça 6 do processo eletrônico. Parecer da Dra. LAURA RODRIGUES.

Dessa forma, deve ser cautelarmente reconhecida inconstitucionalidade parcial do art. 18, *caput*, quanto à expressão “pelo prazo máximo de três anos”, e atribuída interpretação conforme a Constituição no sentido de (i) presumir condição de miserabilidade de grupos familiares com crianças com síndrome congênita do zica, (ii) afastar exigência de perícia médica do INSS, quando não houver agência da autarquia no domicílio da família afetada ou quando a perícia não for realizada no prazo de 30 dias do requerimento, e, em seu lugar, exigir apresentação de **dois laudos médicos** com descrição de sequelas da síndrome congênita do zica, para análise do direito ao benefício; (iii) estender a concessão do benefício às pessoas com sequelas da síndrome infectadas por outras formas de transmissão, que não o *Aedes aegypti*.

Alega a requerente inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 13.301/2016, por condicionar o benefício de prestação continuada à criança com síndrome congênita da zica ao não recebimento por sua genitora do salário-maternidade.

Em análise preliminar, entende a Procuradoria-Geral da República haver constitucionalidade da previsão legal, porquanto, no curso dos 180 dias da licença maternidade, o grupo familiar será amparado pelo salário-maternidade, de forma que proteção mínima estará assegurada. A norma legal privilegia a vulnerabilidade das famílias com crianças com deficiência relacionadas ao vírus zica e, ao mesmo tempo, respeita a finitude dos recursos orçamentários do estado brasileiro.

Portanto, deve haver concessão parcial de medida cautelar.

4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1. ADPF PARA ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ASSECURATÓRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é típica ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da Constituição da República, à falta de outro meio eficaz para salvaguarda, em face de atos comissivos ou omissivos do poder público lesivos a preceitos fundamentais. Para cabimento de ADPF, a ação ou omissão do poder público deve: (i) lesar núcleo de preceitos, princípios e regras revestidos de sentido de essencialidade para manutenção da ordem constitucional;¹² (ii) não ser sanada, de forma ampla, geral e imediata, por outros meios processuais;¹³ (iii) possuir relevância que demande solução da questão constitucional pela via do controle concentrado de constitucionalidade.¹⁴

Afirma GILMAR MENDES ser “inequívoca a possibilidade de utilização da ADPF no âmbito das omissões constitucionais, espe-

12 STF QO-ADPF 1/RJ. Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA. 3/2/2000, un.. *DJ*, 7 nov. 2003.

13 STF Plenário. ADPF 33/PA. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 7/12/2005, maioria. *DJ*, 27 out. 2006; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 199-3, pág. 873.

14 “A fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro” (STF ADPF 76/TO. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 13/2/2006, decisão monocrática. *DJ*, 20 fev. 2006).

cialmente em casos nos quais os instrumentos processuais existentes se revelem inaptos para solver a controvérsia posta”.¹⁵

Ao apreciar medida cautelar na ADPF 45/DF, o Ministro CELSO DE MELLO, embora tenha considerada prejudicada a ação, por perda superveniente de objeto, assentou constituir a ADPF instrumento apto a viabilizar adoção de políticas públicas.¹⁶ Mais recentemente, no julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF, o Plenário do Supremo Tribunal conheceu arguição de descumprimento voltada a solver conjunto de ações e omissões estatais relativas a estado de inconstitucionalidades no sistema carcerário brasileiro. Sobre o cabimento daquela ADPF, ressaltou o Ministro CELSO DE MELLO:

Cabe destacar, desde logo, a admissibilidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face da plena legitimidade do controle jurisdicional de omissões inconstitucionais em que haja incidido o Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também respeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por au-

15 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

16 STF. Medida cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 29/4/2004, decisão monocrática. *DJ*, 4 maio 2004; *RTJ*, vol. 200, pág. 191.

sência (ou insuficiência) de medida concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal [...].

Vê-se, pois, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada de insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado [...] qualifica-se, perigosamente, como um dos processos de vulneração da autoridade da Constituição [...].

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desagrado pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...]

É importante enfatizar, desso modo, que, mesmo em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal [...].

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concretização e viabilizando, desse modo, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público [...].¹⁷

É, portanto, cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental para obrigar o poder público a complementar política pública deficiente em matéria de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a direitos tão essenciais como o direito à vida digna e à saúde. Por se tratar de política garantidora do mínimo existencial, não cabe, em princípio, invocar a cláusula da reserva do possível.

4.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO, INFORMAÇÃO E ASSISTÊNCIA INTEGRAL À SAÚDE

Segundo a requerente, são insuficientes as políticas públicas existentes de prevenção, informação e combate aos agentes vetores do vírus zica, e deficiente e insatisfatório o atendimento no sistema de saúde pública das crianças com deficiências associadas a esse vírus.

Requer execução de políticas públicas focadas na informação sobre a epidemia do vírus zica, com entrega de material em postos de saúde e escolas, na prevenção de contaminação, por meio de distribuição gratuita de repelente contra o mosquito vetor, e preven-

17 STF Plenário. ADPF 347-MC/DF Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 9/9/2015, maioria. *DJe* 31, 19 fev. 2016.

ção da síndrome congênita, pela utilização de diagnóstico laboratorial por exame sorológico e distribuição e uso de anticoncepcionais de longa duração, como o DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG). Para crianças com microcefalia ou outra deficiência congênita ocasionada pelo vírus zica, requer tratamento em centros especiais de reabilitação (CERs) localizados em distância não superior a 50km de sua residência ou que o estado custeie todas as despesas quando não houver CER em distância menor do que essa.

O Supremo Tribunal Federal, em diferentes julgados, decidiu que a determinação judicial de adoção de política pública que assegure direito fundamental, no caso de inércia do poder público, não ofende o princípio da divisão funcional de poder:

É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. [...].¹⁸

A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, ainda que em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação de poderes. [...].¹⁹

Constatação judicial de proteção deficiente de direitos fundamentais em políticas públicas, principalmente no que respeita

18 STF. 1ª Turma. ARE 894.085/SP. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 15/12/2015, un. DJe 29, 17 fev. 2016.

19 STF. 2ª Turma. RE 595.129-AgR/SC. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 3/6/2014, un. DJe 161, 21 ago. 2014.

à proteção do mínimo existencial, autoriza o Judiciário a impor seu integral cumprimento, desde que a política pública não baste para efetivar padrão mínimo dos direitos fundamentais, de seu conteúdo essencial e intangível, tarefa essa que não se encontra no âmbito da discricionariedade do Executivo e Legislativo.

É, portanto, possível intervenção do Judiciário para executar políticas públicas que garantam intangibilidade do mínimo existencial de direitos fundamentais, de forma que a Constituição tenha eficácia, sua força normativa seja preservada e a dignidade humana, devidamente concretizada.²⁰ RICARDO LOBO TORRES observa a relevância da atuação judicial na garantia do direito ao mínimo existencial, sem violação ao princípio da divisão do poder:

A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Execu-

20 Sobre o fenômeno da judicialização de políticas públicas, LUIZA CRISTINA FRISCHEISEN esclarece: “Esse processo de judicialização das demandas coletivas, que antes eram veiculadas tão somente pela via política através, por exemplo, das eleições e consequente atividade do Poder Legislativo, é consequência natural da positivação pelas Constituições dos direitos sociais. [...] Não se trata, portanto, de um Juiz Legislador ou da substituição do Executivo pelo Judiciário, mas sim de um Juiz intérprete da Constituição Federal, que deve estar em sintonia com as demandas dos diversos setores da sociedade em que vive e trabalha.” FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 103.

tivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art.166, § 3º, II e 167, V, da CF). O STF já decidiu assim diversas vezes.²¹

ANA PAULA DE BARCELLOS também defende a possibilidade de controle jurisdicional da observância pelo Executivo e pelo Legislativo do mínimo existencial:

Desse modo, há, de um lado, um espaço normativo da dignidade do que diz respeito àquele consenso mínimo e que, por isso mesmo, poderá ser objeto de amplo controle judicial. Controle esse – repita-se – cujo propósito não é apenas impedir que os enunciados normativos em questão sejam violados, mas assegurar a produção dos efeitos por ele pretendidos. Esse é o campo de trabalho do direito e da Justiça Constitucional, não estando tais regras à disposição da deliberação política.²²

São cogentes e vinculantes as normas constitucionais que veiculem diretrizes de políticas públicas sobre direitos fundamentais. Inexistência ou deficiência na efetivação destas autorizam o Judiciário a impor seu cumprimento. É o que corretamente registra o Ministro CELSO DE MELLO:

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de com-

21 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95-96.

22 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 257.

portamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – **ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização**, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição [...].²³

Conquanto à primeira vista as políticas públicas direcionadas ao combate, à prevenção e à informação sobre a epidemia do vírus zica e o atendimento integral das famílias afetadas aparentemente não sejam suficientes para assegurar os direitos fundamentais pertinentes, não cabe ao Judiciário, sem juízo conclusivo sobre a **real ineficiência** dessas políticas, determinar reformulação ou redirecionamento das diretrizes prioritárias desses programas. É indispensável diálogo com os demais setores da sociedade civil e do governo, a fim de definir, após obtenção de dados científicos e técnicos dos demais agentes, quais as políticas necessárias para concretização dos direitos da população atingida pela epidemia do zica.

Não cabe ao Poder Judiciário, em princípio, redesenhar, reformular ou simplesmente redefinir políticas públicas quando inexistente descumprimento de normas constitucionais – inclusive as programáticas – veiculadoras dessas diretrizes.²⁴ Daí ser imprescin-

23 STF AI 583.476/SC. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 6/5/2010, decisão monocrática. *DJe* 92, 24 maio 2010.

24 Observou o Ministro LUIZ FUX no julgamento da ADI 4.029/DF: “Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o

dível a formulação de juízo conclusivo, apoiado em dados técnicos e científicos de outros setores, sobretudo do Ministério da Justiça, sobre a ineficiência dos programas governamentais.

Embora a situação emergencial da epidemia recomende tutela cautelar do Supremo Tribunal Federal, é indispensável, antes, ao ver da Procuradoria-Geral da República, convocação de audiência pública, no prazo mais breve possível, para obter dados necessários para julgamento desses pedidos.

4.3. OMISSÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUANTO À INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ NO CASO DE INFECÇÃO PELO VÍRUS ZICA

A ANADEP requer interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, que dispõem:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena – detenção, de um a três anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou de-

debate em torno desse tipo de assunto. Aqui, sim, se aplica o alerta de ALEXANDER BIKEL, de que o Judiciário enfrenta “dificuldades contramajoritárias” (*countermajoritarian difficulty*) ao adotar uma postura ativista no controle das decisões dos agentes eleitos democraticamente (*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. Yale University Press, 1986), quanto mais quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais”. (STF Plenário. ADI 4.029/DF. Rel. Min. LUIZ FUX. 8/3/2012, maioria, DJe, 27 jun. 2012; RTJ, vol. 223, pág. 203).

bil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
([Vide ADPF 54](#))

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Segundo a requerente, há distinção entre interrupção da gestação e o crime de aborto. Tomando a interrupção da gestação como gênero, os tipos de interrupção da gravidez constantes do art. 128 seriam as espécies lícitas de interrupção da gestação, ou seja, quando a lei penal estabelece que não se pune o aborto, em verdade, inexistente crime. Interrupção da gravidez em casos de infecção pelo vírus zica seria, portanto, espécie lícita de interrupção da gestação. A motivação jurídica apontada é a que se segue.

O primeiro fundamento é o de aplicação analógica do art. 128, I, do Código Penal.

Há estado de incerteza. Todos os efeitos nocivos causados pela infecção ainda não são conhecidos pela literatura científica. Entre as questões sem resposta está a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus. Sustenta a requerente,

não se sabe ainda em quantos e quais casos de mulheres infectadas ocorrerá a transmissão vertical e o desenvolvimento da síndrome congênita do *zika*. Também não se sabe por quanto tempo o vírus permanece ativo nos corpos das mulheres infectadas para o risco de transmissão vertical em uma futura gravidez. Essa situação de incertezas provocadas pela epidemia sujeita mulheres grávidas a potencial sofrimento psicológico intenso.

Segue argumentando a autora, por via analógica, que se poderia alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante.

O segundo fundamento seria aplicação analógica do art. 128, II, do Código Penal.

A autorização legal para interrupção de gravidez em caso de estupro visa a proteger a mulher em estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo (o chamado aborto humanitário ou ético). Idêntico nível de desamparo e sofrimento estaria presente no caso de infecção pelo vírus zica, situação que resulta de falha do poder público. A interrupção da gestação no caso de infecção por zica também seria aborto ético ou humanitário, na medida em que protegeria a mulher que sofre por ato omissivo do estado.

Conforme parecer de ALBERTO SILVA FRANCO trazido aos autos pela requerente (peça 11):

Se se admite que um feto normal e saudável possa ser objeto de uma conduta abortiva, de caráter legal, por que não se poderá alargar tal causa de justificação para legitimar a vontade livre de uma gestante que se manifesta, diante de um feto que apresenta, após verificação tecnológica, um quadro de lesão cumulativamente dotada de gravidade e de irreversibilidade?

O terceiro fundamento consistiria na aplicação dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, como causa de justificação genérica.

De forma alternativa, a requerente sustenta que, caso não se entenda caber analogia com o art. 128 do Código Penal, a interrupção da gestação nos casos de infecção pelo vírus zica é consti-

tuiria estado de necessidade genérico, causa de exclusão de ilicitude da conduta. Como não é possível a lei exaurir as causas imagináveis de justificação, a infecção pelo vírus zica estaria incluída na hipótese legal de interrupção da gestação.

O quarto fundamento estaria na **afronta aos preceitos constitucionais fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III), da liberdade (autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva) e da proteção à integridade física e psicológica (art. 5º, caput), da saúde e dos direitos reprodutivos da mulher (arts. 6º e 226, § 7º).**

Autonomia reprodutiva, direito a saúde e a integridade física e psíquica seriam direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica.

Tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zica representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis.

A norma constitucional que protege a inviolabilidade da vida é a mesma que assegura inviolabilidade da liberdade e da igualdade (art. 5º, caput). Como não há hierarquia entre direitos fundamentais, resta saber qual direito fundamental se aplica ao caso, carecendo de sentido investigação que vise a avaliar qual di-

reito é mais importante ou preponderante na ordem constitucional. Não há conflito de direitos entre mulheres e fetos. Conceber o caso a partir de conflito de direitos fundamentais serve apenas à tese da supremacia do direito à vida. Essa conformação da questão falsifica o problema, na medida em que impede solução de casos concretos, pois define, abstrata e previamente, qual direito deve prevalecer, sem levar em consideração peculiaridades concretas. O Supremo Tribunal Federal já afastou conformação falsa do problema quando considerou constitucional a interrupção de gestação de fetos com anencefalia, no julgamento da ADPF 54/DF.²⁵

Perquirir sobre a constitucionalidade da interrupção da gravidez no caso de infecção pelo vírus zica exige avaliação honesta do caso, considerando não apenas os níveis de proteção do feto, mas também a consideração da saúde das mulheres.

O direito a saúde e a integridade física e psíquica possui natureza fundamental, que se encontra sob forte ameaça em epidemias. No caso da zica, trata-se de epidemia em que as consequências mais trágicas até aqui conhecidas envolvem a reprodução humana. São as mulheres os indivíduos primeiramente atingidos. Elas é que sofrem antes mesmo que exista uma criança com deficiência à espera de cuidado. Por não haver conflito entre os direitos envolvidos, cabe prestigiar o direito fundamental à saúde da mulher, inclusive no plano mental.

Isso não significa desvalor à vida humana ou à das pessoas com deficiência – até porque não se está criando imposição de

25 STE Plenário. ADPF 54/DF. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 12/4/2012, maioria. *DJe* 80, 29 abr. 2013.

interrupção da gravidez. A decisão será, sempre, da gestante, diante do diagnóstico de infecção pelo vírus. Trata-se simplesmente do reconhecimento de que tomar a reprodução humana como dever, nessas condições, é impor às mulheres autêntico estado de tortura, imenso sofrimento mental.

Observa, a propósito, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS):

A severa angústia mental que as mulheres podem experimentar durante o surto de vírus *zika* em virtude de eventual resultado negativo justifica o dever de assegurar suas oportunidades para fazer decisões reprodutivas esclarecidas por si mesmas.

Conforme o Comentário Geral 22 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas sobre direito à saúde sexual e reprodutiva, de março de 2016, “a falta de serviços obstétricos emergenciais ou a negação da realização de um aborto levam, frequentemente, à mortalidade e à morbidade maternas, o que, por sua vez, constitui uma violação do direito à vida ou à segurança e, em certas circunstâncias, pode equivaler a tortura ou a tratamento desumano, cruel ou degradante”.

Se, conforme a Organização Mundial de Saúde, saúde é “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”, criminalizar a mulher que interrompa a gravidez em razão do extremo sofrimento que esta lhe provoca é definir, contra a Constituição (art. 226, § 7^o), que a reprodução é **dever** da mulher e não um **direito**.

A Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, assegura a mulheres direito a não

serem submetidas a tortura e respeito à sua integridade física, mental e moral.

Na ADPF 54, embora o julgamento se tenha restringido ao caso de interrupção da gravidez ante diagnóstico de anencefalia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a imposição da gravidez pode ser forma de tortura das mulheres, em alguns casos.²⁶

O Direito Penal é forma de recuperação e reafirmação da autoridade do estado por violação de direitos, não meio de tortura. A lei penal não pode esvaziar o sentido dos direitos fundamentais, criminalizando quem age em estado de necessidade (arts. 23, I, e 24 do CP) causado por extremo sofrimento mental.

Nos termos do parecer juntado pela requerente, “se o legislador se descurou de decidir, de forma expressa, um determinado conflito de interesses e esse conflito existe – é real – pode ter aplicação o estado de necessidade genérico”.²⁷

Deve-se conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126, 23, I, e 24 do Código Penal, para considerar que na interrupção da gestação em caso de infecção comprovada pelo vírus da zica, deve ser reconhecida a existência de causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento, nessas situações.

5. *PERICULUM IN MORA*

Perigo na demora processual está configurado em virtude da situação epidemiológica que ocorre no país, com aumento do nú-

26 STF. Plenário. ADPF 54/DF. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 12/4/2012, maioria. *DJe* 80, 29 abr. 2013.

27 Peça 11, p.16.

mero de pessoas infectadas pelo vírus e de crianças com sequelas da síndrome congênita do vírus zica. Segundo Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, em 2016, até 8 de julho de 2016, foram registrados **174.003 casos prováveis** de infecção pelo vírus zica, com **78.421 casos confirmados**. Quanto às gestantes, registraram-se, no mesmo período, **14.739 casos prováveis e 6.903 confirmados**.²⁸

A OMS declarou, na 3ª reunião do Comitê de Emergência, que a infecção pelo vírus zica e os distúrbios neurológicos associados consubstanciam Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.²⁹

A situação fática emergencial demanda intervenção cautelar do Supremo Tribunal Federal, no sentido da concessão cautelar de pedidos propostos na ação direta de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

6. PROPOSTAS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Propõe-se ao Supremo Tribunal Federal realização de audiência pública, no menor prazo possível, com fundamento no art. 9º, § 1º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, para esclareci-

28 Disponível em: < <http://zip.net/bktsqs> > ou < <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/agosto/10/2016-026--2-pdf> >. Acesso em: 6 set. 2016.

29 Disponível em: < <http://zip.net/bttsTS> > ou < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5153:2016-06-14-21-03-34&Itemid=816 >. Acesso em: 6 set. 2016.

mentos acerca das políticas públicas associadas à epidemia do vírus zica.

Sem prejuízo da procedência parcial dos pedidos cautelares, propõe-se determinar que o Executivo federal apresente, em até 90 dias, propostas de reformulação de seus planos de ação, considerando as demandas expostas na petição inicial, no que procederem, a fim de assegurar proteção suficiente dos direitos constitucionais violados pela negligência estatal.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo não conhecimento das ações, por ilegitimidade ativa da ANADEP, e, ultrapassada a preliminar, por procedência parcial do pedido cautelar.

Requer nova vista, oportunamente, para manifestação quanto ao mérito.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República