



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, EMINENTE
RELATORA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.
5.581.**

AUTORA	ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP)
REQUERIDOS	PRESIDENTE DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL

Ref. Processo SF nº 00200.012349/2016-11

O PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL E DO SENADO FEDERAL, por meio da Advocacia do Senado Federal, que o representa *ex vi* dos artigos 270, §§ 1º e 5º, 356 e 380 do Regulamento Administrativo do Senado Federal, instituído pela Resolução do Senado Federal nº 20, de 2015, em vista do Ofício nº 16183/2016, de 2 de setembro último, e o despacho publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) nº 188, de 5 de setembro de 2016, ambos exarados por V. Exa. nos autos do **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5581**, vem prestar as seguintes

INFORMAÇÕES.





SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP) ajuizou em 24 de agosto de 2016 a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5581 com pedidos de

1) interpretação conforme a Constituição

- i. dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, para descriminalizar o aborto no caso de acometimento de Zika vírus pela gestante, e
- ii. do art. 18¹, *caput* e § 3º, da Lei nº 13.301 de 27 de junho de 2016², para reformulação das políticas públicas de prevenção a doenças causadas por vírus transmitidos pelo *Aedes aegypti* e às respectivas doenças (dengue, zika e chikungunya), inclusive com incremento de investimentos, expansão de campanhas informativas e acesso de crianças acometidas de microcefalia em razão de zika ao benefício de

¹ 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.

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

§ 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. (grifos nossos).

² Dispõe sobre a 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 chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977.





SENADO FEDERAL
Advocacia

prestação continuada (BPC) por toda a vida em vez de apenas por três anos; e

- 2) declaração de nulidade com redução de texto do § 2º do art. 18 da Lei nº 13.301 de 27 de junho de 2016, para permitir a cumulação do BPC com salário-maternidade.

Os dispositivos impugnados estariam em conflito com o inciso III do art. 1º (dignidade da pessoa); inciso IV do art. 3º (erradicação da pobreza); *caput* e inciso XIV do art. 5º (livre desenvolvimento da personalidade e direito à informação, respectivamente), direitos à liberdade e às integridades física e psicológica); art. 6º, 196 e 198, II (saúde), arts. e, especialmente, os art. 203, 226³, §7º (planejamento familiar e liberdade reprodutiva) e 227, *caput*, §1º, II, (planejamento familiar), todos da Constituição da República, e ainda com os art. 7, 25, 26 e 28 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

À ADI cumulou-se **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** contra suposta omissão do Poder Público⁴, em especial no que tange

³ **Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos (...)**

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...).

⁴ Segundo a impetrante essas omissões se depreendem, fundamentalmente, dos seguintes documentos: 1) Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central (SNC); 2) Protocolo para Implantação de Unidades Sentinelas para Zika Vírus, 3) Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia, 4) e as Diretrizes para Estimulação Precoce - Crianças de zero a 3 anos com Atraso no Desenvolvimento Neuropsicomotor Decorrente de Microcefalia, 5) Portaria MS nº 3, de 11/01/2016, 6) a Instrução Operacional Conjunta MS-MDS nº 1, expedida em



SENADO FEDERAL
Advocacia

- 1) a prestação de informação sobre o estado atual do conhecimento médico sobre a epidemia do vírus zika, incertezas e riscos de infecção, bem como formas de prevenção;
- 2) a garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração, tais como o DIU-LNG, e ao repelente do mosquito vetor;
- 3) o acesso aos serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika em centros especializados localizados em até 50 km de sua residência e na concessão do benefício de Tratamento Fora de Domicílio, assim como a obtenção dos diagnósticos cínicos realizados por médicos e, preferencialmente, por meios médicos-laboratoriais necessários para confirmação da contaminação com o Zika por meio de exames especializados, tais como PCR e sorológicos (IGG e IGM);
- 4) a possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectada pelo vírus zika.

25/02/2016, g) a Portaria Interministerial nº 405, de 15/03/2016 e h) Instrução Operacional Conjunta MS-MDS nº 2, de 31/03/2016.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Formularam-se os seguintes pedidos cautelares:

Na via da ADI:

- i. interpretação conforme a Constituição do art. 18, *caput*, da Lei 13.301 de 27 de junho de 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 sequela neurológica por meio de declaração de profissional médico, dispensando-se a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS);
- 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*.

2) Na via da ADPF:





SENADO FEDERAL
Advocacia

- i. 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 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





SENADO FEDERAL
Advocacia

- 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 de 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





SENADO FEDERAL
Advocacia

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.

3) Subsidiariamente, caso não sejam conhecidos em sede de ADPF os pedidos (i), (ii) e (iii) imediatamente acima, requereu-se a adoção de 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





SENADO FEDERAL
Advocacia

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





SENADO FEDERAL
Advocacia

idade reprodutiva, em especial àquelas em situação de vulnerabilidade, contraceptivos reversíveis de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG).

Amparada em parecer da *Global Health and Justice Partnership* a respeito do Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia do Governo Brasileiro, a impetrante afirma ser insuficiente e inadequado o conjunto das políticas públicas desenhadas e implementadas para enfrentamento das doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* (dengue, zika e chikungunya), que culminaram com a edição da Lei 13.301 de 2016.

Afirma que o Protocolo, no que tange ao planejamento familiar, por exemplo, apenas reverbera diretrizes vigentes, que consistem, grosso modo, na distribuição de contraceptivos.

O eixo central para a necessária reformulação das políticas públicas em questão seria a descriminalização do aborto relativamente às mulheres acometidas pelo vírus zika.

A impetrante ainda censura a dotação orçamentária das ações de enfrentamento das doenças causadas pelo *Aedes aegypti* e a restrição do benefício às crianças acometidas por microcefalia causada pelo zika, já que outros tipos de desordens neurológicas poderiam vir a ser comprovadas cientificamente; e questiona o prazo máximo de três anos para acesso ao programa, já que as sequelas da doença se prolongariam por toda a vida.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Também condena o alcance (que deveria ser maior) e o conteúdo das campanhas informativas encetadas pelo Poder Público no bojo das políticas públicas de enfrentamento do *Aedes aegypti* (que deveria incluir dados atualizados sobre descobertas científicas relacionados às doenças em questão e enfoque no planejamento familiar orientado aos direitos sexuais e à liberdade reprodutiva da mulher).

V. Exa. Relatora, em despacho de 1º de setembro de 2016, aplicou o art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e determinou a requisição, com urgência e prioridade, de informações ao Presidente da República e ao Presidente do Senado Federal, a serem prestadas no prazo máximo e improrrogável de cinco dias ((DJE nº 188, 5 set. 2016).

Simultaneamente, abriu vistas do processo ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para que manifestassem o que entendessem de direito.

O Presidente da República, por meio da Mensagem nº 481, de 5 de setembro de 2016, encaminhou peça de informações elaborada pela Advocacia-Geral da União, em que se manifesta pela improcedência da ação ao pugnar-se pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 13.301 de 2016 impugnados e pela idoneidade do conjunto de políticas públicas adotadas pelo Governo Federal para enfrentamento das doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*.

Já o Procurador-Geral da República pugnou em parecer de 6 de setembro de 2016 pelo não conhecimento das ações, por ilegitimidade ativa da ANADEP, ante a falta de pertinência temática entre o escopo de atuação da associação e o objeto da impetração.





SENADO FEDERAL
Advocacia

No entanto, manifestou-se favoravelmente à procedência parcial dos pedidos de medida cautelar, caso se ultrapasse esse óbice de índole processual.

Em apertada síntese, o PGR entendeu

1) inconstitucionais

- i. a fixação de prazo máximo para fruição BPC por pessoa com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika e a exigência de comprovação de miserabilidade para obtenção do BPC fixado (art. 18 da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016);
- ii. o requisito de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social para fins de recebimento do BPC a que alude a Lei 13.301 de 201, 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;

2) constitucionais

a não cumulatividade do BPC com salário-maternidade (art. 18, § 2º, da Lei 13.301 de 2016);

interrupção de gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva;

3) devida

interpretação conforme ao art. 18, *caput* e a parágrafo único, da Lei 13.301 de 2016 para que se estenda o direito ao BPC





SENADO FEDERAL
Advocacia

a pessoas infectadas pelo vírus zica por outras formas de transmissão, que não por meio do mosquito *Aedes aegypti*;

4) cabível

- i. ação de descumprimento de preceito fundamental para questionar insuficiência de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos fundamentais e o deferimento de tutela jurisdicional, na espécie, para aperfeiçoamento da política;
- ii. a determinação de que o Executivo apresente, em até 90 dias, propostas de reformulação de seus planos de ação,
- iii. considerando as demandas expostas na petição inicial, no que procederem, a fim de assegurar proteção suficiente dos direitos constitucionais violados pela negligência estatal;
- iv. a realização de audiência pública para se discutir a questão.

2. TEMPESTIVIDADE

O Senado Federal foi intimado por meio do Ofício n. 16183/2016, expedido em 2 de setembro de 2016, sexta-feira. Em virtude do prazo estabelecido no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, de cinco dias, o termo final de sua contagem somente se ultimarão em 12 de setembro de 2016, na forma do art. 219 do vigente Código de Ritos, que estabelece a contagem em dias úteis.

Desse modo, é tempestiva a presente peça de informações.





SENADO FEDERAL
Advocacia

3. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

A petição inicial não atende aos requisitos da lei processual para formação e desenvolvimento das ações de controle de constitucionalidade propostas.

In statu assertionis, não há correlação entre as pretensões deduzidas pela impetrante e o escopo de sua atuação corporativa.

Apesar de ser entidade representativa da classe de defensores públicos, a autora não recebeu mandato do ordenamento jurídico para prestar representação funcional dos hipossuficientes, e ainda menos em sede de jurisdição constitucional concentrada.

Deve-se negar seguimento às ações propostas, à luz da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, amostrada pela seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE O OBJETO DA AÇÃO E AS FINALIDADES DA AUTORA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PRECEDENTES. AÇÃO À QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4554. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, jul. em 7 out. 2015, DJe-225, 12 nov. 2015).

Desse modo, pede-se, desde logo, o não-conhecimento da ação, por falta do preenchimento do requisito da pertinência temática.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Antes de adentrar o mérito, cumpre fazer uma observação.

Dentre as matérias travadas nos presentes autos, pelo menos uma – o pedido relacionado ao aborto – diz respeito a um dissenso moral profundo, sobre o qual dificilmente se poderia esperar uniformidade de posições no âmbito do Congresso Nacional.

A legislação que regula a matéria foi outorgada pelo Presidente da República em um período de fechamento do Congresso Nacional, pela via do Decreto-Lei, sob a égide de uma Constituição também outorgada. A partir dessa constatação, poder-se-ia suscitar a possibilidade de questionamento sobre a legitimidade de esta Advocacia do Senado defender os seus termos, ainda nos dias atuais.

Observa-se, no entanto, e para além de qualquer dúvida razoável, que os parlamentares desejosos de promover mudanças na legislação sobre o tema jamais contaram com força persuasiva suficiente para convencer em número suficiente os seus pares. Portanto, as disposições do Código Penal relativas ao ponto em discussão ainda vigem, passados mais de setenta e cinco anos de sua edição, não por mera omissão ou distração, mas pela vontade da maioria do Congresso Nacional.

Desse modo, para além das opiniões pessoais dos procuradores jurídicos que firmam o presente opinativo – que são irrelevantes para a manifestação – é dever da Advocacia do Senado posicionar-se no sentido da defesa da legislação vigente, a entender que, enquanto não alterada pela via legislativa, a norma impugnada conta com o respaldo institucional do Parlamento.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Isto dito, passamos às razões de rejeição do pedido.

O nascituro é juridicamente protegido e dotado de direitos em nosso ordenamento. Sob o prisma legal, o Código Civil lhe contempla direitos patrimoniais específicos (art. 542), bem como os direitos civis de modo geral (art. 2º), e a jurisprudência lhe concede, inclusive, legitimidade para ser indenizado por danos morais (e.g., o Recurso Especial n. 1.487.089, que cuidou de ruidoso caso de ofensa irrogada em face de nascituro e de sua mãe, consagrada artista).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, internalizada no ordenamento pátrio com *status* supralegal⁵, consagrou o direito à vida, em geral, desde a concepção. O seu texto enuncia que

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Impende anotar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não pretende disputar espaço – formal ou materialmente – com o Código Civil Brasileiro. Sob o ponto de vista formal, é-lhe superior; sob o ponto de vista material, é especial em relação ao último, porque trata – no ponto – especificamente do direito à vida, não sendo em absoluto incompatível com a consagração genérica que o Código Civil faz aos

⁵ Recurso Extraordinário 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso.



SENADO FEDERAL
Advocacia

denominados “direitos do nascituro”, ainda que destituído da personalidade jurídica no sentido do direito civil.⁶

A Constituição da República, por outro lado, declara inviolável o direito fundamental à vida, na forma do *caput* de seu art. 5º.

A respeito do tema, importa destacar que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas deixou de acolher, em sua Resolução 2.106, de 24 de junho de 2013, proposta do Secretário Geral da ONU que propunha o uso de aborto como medida de resposta aos casos de violência sexual em situações de conflito, deixando – ainda que implicitamente – de reconhecer o aborto como suposto direito humano.

Desse modo, é indubitoso que o nascituro goza de especial proteção no ordenamento jurídico – tanto pela via constitucional direta quanto em virtude das disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica, inteiramente compatível, no ponto, com o que está disposto no Código Civil Brasileiro.

Essa proteção à vida, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não é absoluta – como, aliás, é comum a todo e qualquer direito fundamental. No entanto, o mesmo Plenário do Supremo Tribunal Federal tem mantido – a partir das decisões constantes na ADI 3.510 (células-tronco embrionárias) e na ADPF 54 (anencefalia) – o critério da **inviabilidade do nascituro** como *ratio decidendi* principal de decisões judiciais que promovam a relativização da proteção à vida dos nascituros.

⁶ Nesse sentido, é estéril, para os fins da discussão que ora se trava, saber se o ordenamento jurídico brasileiro adotou, afinal, a teoria natalista ou a concepcionista para a personalidade jurídica. Isso porque a atribuição específica do direito à vida, como proteção elementar concedida ao ser humano enquanto tal, não é, em tese, incompatível com a ausência de uma personalidade formal, embora, desde o fim do lamentável período escravocrata, essa distinção seja, em geral, inexistente.



SENADO FEDERAL
Advocacia

A fixação desse marco – o da inviabilidade – resulta, assim, incompatível com o pedido formulado na presente ação, visto que os fetos com microcefalia são geralmente viáveis, embora possuam uma malformação que lhes causará transtornos em sua vida.

Invoca-se, quanto ao ponto, a ideia dworkiniana do romance em cadeia: o próprio STF estabeleceu marcos, aos quais, por dever de integridade (agora expressamente previsto no Código de Processo Civil), deve se ater, para evitar a tentação de eventual voluntarismo incompatível com a separação de Poderes.

Ainda quanto à separação de Poderes, importa recordar o relevante contributo de Mary Ann Glendon, que trata da chamada linguagem (ou discurso) dos direitos (*rights talk*). A professora da *Harvard Law School* demonstra, em sua pesquisa, a formação de um discurso sobre direitos individuais que é pernicioso à democracia e às práticas políticas, porque tende a afastar o senso de responsabilidade individual e a fazer os cidadãos menos dispostos à formação de um consenso discursivo. Afirma a autora:

Thus far, in our investigation of American rights talk, we have observed a tendency to formulate important issues in terms of rights; a bent for stating rights claims in a stark, simple, and absolute fashion; an image of the rights-bearer as radically free, self-determining, and self-sufficient; and the absence of well-developed responsibility talk.

[...]

The Court's ruling is made to appear almost inevitable: the winner's position entirely vindicated, the loser's thoroughly discredited.⁷

⁷ GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: the impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991. pp. 107 e 154.



SENADO FEDERAL
Advocacia

O pedido formulado na presente demanda é fruto da tentativa de conversão em linguagem de direitos de uma pretensão que, a rigor, ainda pertence ao campo da política legislativa criminal.

Com efeito. Se o texto constitucional não concede absoluta proteção à vida em todo e qualquer caso (e a previsão constitucional de pena de morte prova essa constatação), tampouco se pode afirmar que a Constituição seja indiferente (ou, ainda mais grave, favorável) à descriminalização do homicídio ou do aborto.

Sob o ponto de vista dos limites semânticos do texto constitucional, há uma margem legislativa mais ou menos definida para se demarcar a extensão da proteção jurídica da vida, inclusive quanto ao nascituro. É, pelo menos, o quanto restou afirmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, ao estabelecer que a proteção legal dada ao embrião e ao feto eram legítimas.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal dá respaldo à aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente (*untermassverbot*) em matéria penal, como, e.g., no Recurso Extraordinário n. 418.376 (que versava sobre exclusão de punibilidade em estupro), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112, além de ter servido como referencial teórico da linha minoritária na já referida ADI n. 3.510.

Nesse sentido, parece lícito afirmar que a completa ausência de proteção ao bem jurídico da vida, expressamente consagrado no *caput* do art. 5º de nossa Constituição, certamente afrontaria um dever





SENADO FEDERAL
Advocacia

constitucional de proteção estatal. Esse dever, quer nos parecer, tem incidência tanto à vida dos natos quanto de nascituros, mormente porque assim dispõe a legislação vigente – que, no ponto, não colide com o citado dever de proteção.

Não por outra razão é que o eminente José Afonso da Silva pontifica que o direito à vida *constitui a fonte primária de os outros bens jurídicos*.⁸ Em verdade, é mesmo o centro gravitacional ao redor do qual orbitam todos os outros direitos do gênero humano.

Em consequência, tem-se que do assecuramento do direito à vida defluem todas as outras situações, quer sejam jurídicas, políticas, econômicas, morais ou religiosas do Homem (*in genere*). Assim e ainda de acordo com o mesmo jurista *de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos*.⁹

A proposta formulada pela associação autora padece, pois, de duas faltas simultâneas: a) busca subtrair do Congresso Nacional a sua legitimidade para, dentro dos moldes permitidos pela norma constitucional, e com base em critérios de política criminal, optar pela definição de determinada conduta como crime; e b) é afrontosa ao dever de proteção estatal ao bem jurídico ‘vida’, na medida em que pede uma redução severa na proteção do direito fundamental dos nascituros, a tal ponto que a legislação remanescente resultaria inapta a bem tutelar o mesmo direito.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 19ª edição, 2011, pág. 201.

⁹ SILVA, José Afonso da. **op. cit.**, pág. 201





SENADO FEDERAL
Advocacia

O reconhecimento do nascituro enquanto ser humano dotado de direitos e de expectativas legítimas de proteção e cuidado se insere perfeitamente no humanismo que pretende atribuir maior valor à dignidade humana.

Se, com frequência, esse reconhecimento não ocorre, talvez assim o seja porque falta ao nascituro a possibilidade do que Emmanuel Levinas denomina, com beleza poética, a **epifania do rosto**, que, frente a frente, interpela o outro e provoca-lhe a sair de seu estado de separação.¹⁰

No entanto, essa ausência – que arrisca acabar por se refletir ainda em um vazio discursivo: em sua exclusão, enquanto ser a se considerar como sujeito nas discussões que lhe concernem – não deveria afastar o reconhecimento do ser humano, embora não nascido, enquanto tal. Recorde-se o alerta de Primo Levi, ao tratar do homem despojado:

“transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência”.¹¹

Na consideração acerca do eventual conflito entre o direito à vida conferido ao nascituro e os direitos da mãe, é preciso agir com extremada cautela, observando a humanidade e a condição subjetiva do feto com o mesmo respeito devido à situação pessoal da mãe.

Na verdade, a repulsa ao aborto está profundamente arraigada na cultura brasileira. Recente pesquisa do instituto Datafolha questionou a

¹⁰ LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988.

¹¹ LEVI, Primo. **É isto um homem?**. Rio de Janeiro, Rocco, 1988.



SENADO FEDERAL
Advocacia

população acerca da pergunta “*Grávidas que tiveram zika deveriam ter o direito de fazer aborto?*”. Cinquenta e oito por cento dos entrevistados respondeu que não. O percentual continua alto mesmo quando se indaga sobre a possibilidade diante da confirmação de microcefalia no feto: cinquenta e um por cento respondem negativamente. Observou-se, ainda, que o percentual de respostas contrárias ao aborto era maior entre a população feminina.¹²

Para além das estatísticas, observa-se ainda que as doutrinas abrangentes de maior impacto cultural e social no País são uniformemente contrárias ao aborto. A proibição legal do aborto, portanto, tem ressonância nas comunidades que representam o elemento agregador da sociedade; a proteção à vida, mesmo entre os não crentes, representa um forte apelo moral, social e ético, como afirma Umberto Eco:

A bandeira da Vida, quando ondeia, não pode, a não ser, comover todos os ânimos. Sobretudo, permita-me dizê-lo, os dos não crentes, até os dos ateus mais recalcitrantes, porque eles são precisamente quem, ao não acreditar em nenhuma instância sobrenatural, cifram na idéia da Vida, no sentimento da Vida, o único valor, a única fonte de uma ética possível.¹³

Se não for possível chegar ao ponto de afirmar que a repulsa ao aborto faça parte de um consenso sobreposto, pelo menos é seguro dizer que a proteção à vida faz parte, como cláusula geral, de nossa identidade cultural histórica e constitucional.

¹² DATAFOLHA. Opinião sobre o vírus zika, PO 813843, realizada entre 24 e 25 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/zika.pdf>. Acesso em 8 de setembro de 2016.

¹³ ECO, Umberto. MARTINI, Carlo Maria Cardeal. **Em que crêem os que não crêem**. São Paulo: Record, 1999.



SENADO FEDERAL
Advocacia

O bem comum é, na verdade, uma regra de direito. Mas temos de nos lembrar de que o patriotismo envolve mais do que princípios morais convergentes; trata-se de uma adesão comum a uma comunidade histórica particular. O cultivo e o apoio a isso têm de ser uma meta comum, sendo mais do que o simples consenso quanto à regra de direito.¹⁴

No caso concreto, a proposta da autora na presente Ação Direta não passa no teste da proporcionalidade. Importa anotar os seguintes elementos, preliminarmente à exposição das fases do procedimento argumentativo.

Em primeiro lugar, é necessário destacar que, segundo fontes científicas idôneas, embora demonstrada a existência de impacto da infecção por zika vírus na ocorrência de casos de microcefalia e outras moléstias no feto, esse impacto pode não ser tão amplo, a ponto de justificar a intervenção sugerida.

Pesquisa realizada com dados oriundos de surto de zika vírus na Polinésia Francesa sugere que, de todas as mulheres grávidas infectadas no primeiro trimestre de gestação com o zika vírus, cerca de um por cento dos fetos desenvolve microcefalia¹⁵. A se confirmar essa informação, portanto, presumidamente noventa e nove por cento dos fetos abortados segundo o pedido da associação autora seria saudável.

Não localizamos pesquisa análoga que tenha usado a população brasileira como fonte de dados. Os dados atualmente

¹⁴ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 213. Para uma síntese do comunitarismo, vide: XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 128 p.

¹⁵ Cauchemez S, Besnard M, Bompard P, et al. Association between Zika virus and microcephaly in French Polynesia, 2013–15: a retrospective study. **Lancet** 2016; published online March 15. [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00651-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00651-6).





SENADO FEDERAL
Advocacia

divulgados pelo Ministério da Saúde não permitem que se encontre uma conclusão segura, por diversos fatores.¹⁶

Houve, no entanto, uma pesquisa recentemente publicada por pesquisadores brasileiros em revista da Organização Mundial de Saúde, em que se constatou que havia, desde 2012, subnotificação das ocorrências de microcefalia na Paraíba (ressalte-se que o vírus da zika somente chega ao Brasil em 2014). Afirmam os pesquisadores:

The numbers of very extreme cases of microcephaly, for instance, while significantly increasing over the last few months, are much smaller and until recently fell within the expected ranges for the worldwide reported incidence.

It is possible that a high incidence of milder forms microcephaly has been occurring well before the current outbreak, but that only those extreme cases, with classical phenotypes, were being notified.

And as the number of extreme cases increased over these past three or four months so did the awareness of health professionals who started to notify milder forms.¹⁷

Desse modo, nota-se que não há segurança acerca da confiabilidade da elevação dos números que dizem respeito à incidência de microcefalia relacionada a agentes infecciosos, porque: a) constatou-se que anteriormente ao zika vírus, havia subnotificação do problema; b)

¹⁶ Tomando-se a semana epidemiológica 27 de 2016, por exemplo, nota-se que havia 14.739 casos prováveis de infecção de gestantes por zika vírus, sendo 6.903 já confirmados. No mesmo período, divulgou-se o número de 1.687 casos confirmados de microcefalia relacionada a agentes infecciosos em nascituros. No entanto, apenas 266 foram confirmados com critério laboratorial com teste para zika vírus. De toda forma, tomando-se em consideração os dados do Ministério da Saúde nos casos confirmados, a chance de promover o abortamento (inadequado) de embriões e fetos saudáveis seria de cerca de 75%. Ainda assim, pode haver subnotificação dos casos de gestantes que contraem a zika, porque a doença opera de forma silenciosa e, nesses casos, presumidamente, a grávida somente se interessa pelo exame quando já há suspeita de acometimento do feto. Fonte: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/situacao-epidemiologica-dados-dengue>. Acesso em 8 de setembro de 2016.

¹⁷ Soares de Araújo JS, Regis CT, Gomes RGS, Tavares TR, Rocha dos Santos C, Assunção PM, et al. Microcephaly in northeast Brazil: a review of 16 208 births between 2012 and 2015 [Submitted]. Bull World Health Organ E-pub: 4 Feb 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.2471/BLT.16.170639>.





SENADO FEDERAL
Advocacia

como afirma a própria autora na exordial, o zika vírus estaria relacionado, em geral, a formas graves da microcefalia – que não tem apresentado um percentual de incidência tão alto como inicialmente informado pelos meios de comunicação.¹⁸

Em segundo lugar, não se demonstra à exordial a existência de elementos que possam assegurar que a saúde psicológica da mulher é melhor assistida pela autorização de aborto do que pela manutenção da gestação. Um artigo, resultante de pesquisa abrangente efetuada no âmbito da população norte-americana, que comparou dados de ansiedade em mulheres com gestações indesejadas, entre as que optaram por levar a gestação a termo e aquelas que optaram pelo aborto, aduz: *“De todas as mulheres, aquelas que abortaram tiveram taxas significativamente superiores de subsequente ansiedade generalizada, quando controlada a amostra por raça e idade na entrevista”*.¹⁹

Considerados esses fatores, percebe-se que o pedido da associação autora não ultrapassa o subprincípio da adequação; e isto por duas razões: primeiro, porque a medida não é comprovadamente eficaz para a preservação da saúde psicológica da mãe, resultando daí que, a despeito das boas intenções da associação autora, pode resultar em um sacrifício inútil do direito do nascituro. Segundo, porque o pedido acabaria por atingir uma parcela significativa (e, muito provavelmente, bastante

¹⁸ À exordial, afirma-se que mais de 70% dos casos de microcefalia por incidência de zika são severos (p. 6 da petição). Esta informação, associada aos achados do estudo citado, demonstram que o aumento dos casos de microcefalia severa não foi tão elevado quanto o percentual de formas mais leves de microcefalia, inclusive caindo recentemente para o intervalo da expectativa segundo os parâmetros mundiais, segundo os pesquisadores.

¹⁹ Coogle JR, Reardon DC, Coleman PK. Generalized anxiety following unintended pregnancies resolved through childbirth and abortion: a cohort study of the 1995 National Survey of Family Growth. **J Anxiety Disord.** 2005;19(1):137-42. Texto original: Among all women, those who aborted were found to have significantly higher rates of subsequent generalized anxiety when controlling for race and age at interview.





SENADO FEDERAL
Advocacia

superior) de embriões e fetos saudáveis, a despeito de sua justificativa estar baseada na epidemia do zika vírus associada à microcefalia.

Além disso, a autorização de aborto, por meio da nova interpretação pretendida, não está bem calçada no subprincípio da necessidade, na medida em que, na verdade, representa o meio mais prejudicial possível em relação ao embrião ou feto. De fato, as atenções de caráter social, médico e psicológico adequadas podem resultar similarmente eficazes para a prevenção de doenças mentais na gestante, sem que isso necessariamente tenha que importar no sacrifício do nascituro. É precisamente dessas medidas que cuidam muitos dos dispositivos impugnados nesta ADI.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito também não justificaria a demanda. Costumeiramente se levanta o argumento da dignidade humana para justificar a posição favorável à ampliação das hipóteses de aborto, sob o argumento de que o ser humano não pode ser tratado como objeto ou meio, mas sempre como fim em si mesmo (formulação kantiana).

Não deixa de haver certa ironia: quando se sugere o integral sacrifício da vida do nascituro (reitere-se: viável) com o objetivo de satisfazer às necessidades de uma gestante em situação de fragilidade ou vulnerabilidade, ou em busca de liberdade, o que se está a fazer é precisamente tratar-lhe (ao nascituro) como objeto, *res a serviço* do interesse de terceiros.

Não se lhe dá nenhuma dignidade, porque a existência da vida é, sempre, um pressuposto da dignidade humana; assim, ainda que não





SENADO FEDERAL
Advocacia

haja hierarquia entre direitos fundamentais, ao se lhe suprimir o direito a vida, abolem-se todos os outros.

Leia-se o escólio de Jorge Miranda:

A problemática da interrupção voluntária da gravidez é, simultaneamente, de uma extrema complexidade e de uma radical simplicidade. De extrema complexidade, pelos múltiplos pressupostos e reflexos – jurídicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, morais e religiosos – que comporta, pela sua dependência de outros problemas, pela variedade de situações em que as pessoas podem se encontrar e pela complexidade dos factores de cada situação, pela complexidade que encerra em si cada vida humana. De radical simplicidade, porque, exactamente em cada caso, envolve uma decisão sobre a existência de certa e determinada vida humana, sobre se ela deve continuar até o nascimento ou ser interrompida. (...) O carácter insubstituível de todo o ser humano, antes e depois do nascimento, o sentido ético e não apenas histórico que possui a vida humana, a sua inviolabilidade proclamada sem limites na Constituição (...), o abalo que representaria nos fundamentos da sociedade qualquer ruptura ao princípio da inviolabilidade, sobretudo, quando a violação parte de quem é mais responsável por essa vida, a demissão de solidariedade que isso implicaria, tudo isso são motivos que me levam a rejeitar qualquer medida legislativa que envolva a legalização do aborto.²⁰

Nesse sentido, na fase de ponderação em sentido estrito, se a tanto se chegar, não parece razoável demandar o sacrifício de nascituro viável para socorrer a necessidades e inseguranças, embora graves, da gestante, porque essas necessidades podem vir a ser superadas com o tempo, enquanto que a perda da vida humana jamais se supera.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Apud MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, IDP, 2012. p. 83.



SENADO FEDERAL
Advocacia

A morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos doam; eles doam por ti.²¹

Em verdade, a autorização de aborto em função de malformação do embrião ou do feto, ainda que por razões declaradamente benevolentes, acaba por abrir portas para o aborto eugênico e para o controle preventivo de doenças por meio do aborto – problemas que já surgem em países com legislação mais liberal em relação ao aborto.

Constitui-se a medida, portanto, em uma involução civilizatória, na medida em que retoma um caminho originado na doutrina romana do *monstrum vel prodigium*, já de há muito superada pela civilização ocidental que se desenvolveu justamente sobre a ideia cristã da proteção ao mais fraco.

Nessa linha, a própria associação autora invoca preceitos de proteção às pessoas com deficiência no âmbito da presente ADI. Ao fazê-lo, recorda à Corte e à comunidade jurídica que o direito existe em função da igualdade perante a lei, justamente para afastar o arbítrio do mais forte. E, ainda, que o nosso País tem um compromisso em promover o desenvolvimento das pessoas com deficiência – o que parece incompatível com a promoção do aborto de fetos com malformações que não lhes retiram a viabilidade.

Desse modo, a manifestação, quanto ao ponto, é pela improcedência da ADI.

²¹ John Donne, Meditações VII.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Com relação ao pedido de interpretação conforme relativo ao art. 18, *caput*, da Lei n. 13.301, de 2016, informa-se que o Relatório da Comissão Especial que inseriu a citada disposição no Projeto de Lei de Conversão referente à Medida Provisória 720/2016, cujo relator foi Sua Excelência o Deputado Newton Cardoso Jr., atribui a citada disposição a um esforço desenvolvido por órgãos do Executivo, *verbis*:

Outra informação promissora foi a atuação conjunta dos Ministérios da Saúde e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome na instituição da “Estratégia de Ação Rápida para o Fortalecimento da Atenção à Saúde e Proteção Social das Crianças com Microcefalia” com vistas a transferir recursos para agilizar a busca ativa, diagnóstico, tratamento, reabilitação, estimulação precoce e assistência social. No âmbito dessa integração, está prevista a maior facilidade de acesso a benefícios como o de Prestação Continuada.

A matéria está prevista no art. 203, inc. V, da Constituição, e na Lei Orgânica da Assistência Social.

No mérito, não há inconstitucionalidade a tutelar.

O que se extrai da norma é que o prazo de três anos é fixado como modalidade especial de deficiência – com maiores facilidades para a obtenção do benefício. Uma vez transcorrido o prazo, nada obsta que a mesma pessoa – se puder subsumir sua situação pessoal àquela exigida pela Constituição e pela Lei Orgânica – requeira nova concessão do benefício, desta feita pela modalidade de pessoa com deficiência, nos termos do art. 20 e parágrafos da Lei n. 8.742/93.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Os demais pedidos, salvo melhor juízo, referem-se a políticas públicas, em sentido próprio, a serem prestadas pelo Poder Executivo. Pensamos que, quanto a estes requerimentos, deva ser respeitada a deferência devida às atividades típicas de cada Poder, em homenagem ao princípio da independência e harmonia e em respeito ao mérito administrativo.

Esse respeito é devido, em caráter ainda mais intenso, quando se é notório que o País atravessa uma das piores crises econômicas de sua história e, portanto, é especialmente necessário e prudente ser cuidadoso com medidas que possam sobreonerar os já combalidos recursos do erário nacional.

Desse modo, e por não vislumbrar a existência de prova robusta ou manifesta de insuficiência na atuação do Poder Executivo, pede-se o indeferimento das cautelares, conforme adiante exposto.

4. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CAUTELAR

A associação autora labora em equívoco ao pedir a declaração de inconstitucionalidade em sede de cautelar, providência que, por constituir a essência da demanda, só pode ser atendido, sob pena de esgotamento prematuro da lide, em sede do julgamento definitivo, nos termos do art. 22 e seguintes da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.





SENADO FEDERAL
Advocacia

A autora não demonstrou a confluência dos requisitos autorizadores da drástica intervenção judicial, por meio de tutela cautelar, no funcionamento do Poder Executivo na consecução de políticas públicas da mais alta relevância em conformidade com balizas estabelecidas pelo Legislador.

A falta de informações precisas na inicial quanto à execução das políticas públicas de combate às doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, seus efeitos, ao estado atual da epidemia, à disponibilidade orçamentária, a complexidade dessas políticas e o déficit informacional do Poder Judiciário *vis-à-vis* a questão, tudo isso evidencia a ausência do *fumus boni iuris*.

Ademais, a autora veio a juízo postular pretensão de intervenções severas no âmbito da discricionariedade constitucional do legislador e do Poder Executivo. A prevalecerem essas pretensões, haveria uma transferência inadequada de competência decisória ao Supremo Tribunal Federal, em uma matéria que é essencialmente técnica e política. Max Weber subordinou a eficiência de qualquer sistema político a seu grau de legitimação social²².

De fato, a ordem política estruturada por norma jurídica criada pelos próprios destinatários produziu coesão social sem paralelo na história moderna.

O efeito de uma decisão prematura do Supremo Tribunal Federal que venha a suprimir os necessários debates da sociedade civil

²² WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, v. 2, 1999b, p. 196.





SENADO FEDERAL
Advocacia

nos foros do Congresso Nacional é o sacrifício do processo democrático e, por consequência, até mesmo da dignidade da lei.²³

A separação de poderes é consectário lógico do Estado Constitucional. Já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, lia-se que

A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (art. 16º).

Antes mesmo da Revolução Francesa Montesquieu já havia estabelecido que sem separação de poderes o que se tem é o governo da tirania.

La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.^{24 25}

²³ Com efeito, a substituição da representação democrática por representação funcional é recurso de ultima ratio no Estado de Direito, se é que o seja. Trata-se da situação a que Carl Schmitt denominou Estado de Exceção. SCHMITT, C.. **La defensa de la Constitución, 1929**. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid, [1931] 1983.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 112.

²⁵ A liberdade política no cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião de que cada um tem de sua segurança; e para que se tenha essa liberdade, é necessário que o governo assegure que um cidadão não tenha medo de outro cidadão.

Assim, se na mesma pessoa ou no mesmo órgão, se concentram o poder legislativo e o poder executivo, não haverá liberdade alguma. Porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para as executar tiranicamente (tradução nossa).





SENADO FEDERAL
Advocacia

O princípio da separação dos poderes não significa tão somente uma divisão de trabalho entre os *branches* da soberania público-estatal, mas estabelece como cláusula pétrea que a liberdade, prioritariamente a liberdade física (com que a impetração que interferir), mas também a liberdade moral (que a presente ação visa em última instância tutelar), só deve ser limitada – e, por simetria, desregulamentada – por meio de lei (CRFB, art. 5º, II); e sentença não é lei.

A pretensão de criação de novas e maiores obrigações para o Estado impõe, como é cediço, a oneração de maior volume de recursos públicos do que os que foram alocados para este fim pelo Congresso Nacional. Nesse sentido, há um *tradeoff* representado pela opção por uma tutela alegadamente mais efetiva no caso da microcefalia em detrimento de impacto em outras prioridades governamentais – ou da elevação da necessidade de arrecadação para fazer face às despesas.

Tudo isso, portanto, a despeito da aparência de se tratar de uma pretensão de aumento da esfera de liberdade individual e de proteção ao cidadão, acaba por representar uma nova escolha de natureza político-legislativa que tem impacto justamente no patrimônio jurídico e na esfera de liberdade de toda a comunidade política.

A *interpositio legislatoris* que pode mitigar a liberdade individual não significa, como se pode imaginar, que a liberdade individual seja função exclusiva de deliberação do Poder Legislativo.

É mais do que isso: significa que a liberdade individual só pode ser atingida por atuação concertada dos Três Poderes ou por intervenção estatal necessariamente diferida. Disso se depreende o verdadeiro significado do devido processo legal.





SENADO FEDERAL
Advocacia

A Constituição baliza, no nível mais abstrato, os direitos fundamentais, de que se pode depreender, negativamente, o chamado *status subjectionis* de Georg Jellinek²⁶, ou seja, a medida dos poderes de intervenção estatal na esfera da liberdade individual.

O Poder Legislativo, sem desbordar das balizas do *status subjectionis*, pode, abstratamente, restringir a liberdade individual. Contudo, o *enforcement* dessa restrição é prerrogativa exclusiva do Poder Executivo. O controle de adequação entre a restrição abstrata e seu *enforcement* é produção jurídica subsidiária, reservada ao Poder Judiciário.

Em juízo de ponderação, vê-se que a intervenção pretendida pela impetrante é onerosa demais, porque exclui a premissa fundamental da República Federativa do Brasil de que nenhum dos Poderes pode restringir, unilateralmente, a liberdade individual.

Ressalte-se que a proteção requerida já existe no ordenamento jurídico. As limitações denunciadas na exordial não decorrem de desídia ou de desconsideração do Legislador e do Poder Executivo, mas de estrangulamentos orçamentários impostos pela crise econômica.

Levar os direitos a sério e não ignorar a escassez, como se depreende do princípio da reserva do possível. Seria exigível, nesse tipo de ação, que se obrigasse o impetrante indicar no orçamento que programas seriam contingenciados ou cancelados para que se

²⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.



SENADO FEDERAL
Advocacia

concretizasse suas pretensões, porque como assinalaram Holmes e Sunstein²⁷, o denominador comum de todos direitos é a onerosidade.

Ademais, o autor articulou sua causa de pedir em princípios abertos, que não podem ser sopesados com outros princípios sem os elementos probatórios que, entretanto, estão ausentes, porque, obviamente, qualquer tipo de intervenção implicará restrições a outros direitos.

Até mesmo os pedidos com parâmetros mais objetivos, que dizem respeito à prorrogação do Benefício de Prestação Continuada a crianças com microcefalia e à cumulação do benefício com o salário-maternidade, não se revestem de plausibilidade e urgência.

O primeiro porque, bem ou mal, as crianças acometidas de microcefalia já têm assegurado o Benefício de Prestação Continuada por três anos, o que elide o *periculum in mora*. O segundo porque o § 4º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, não atacado pela impetrante, proíbe expressamente a cumulação do BPC com qualquer outro benefício previdenciário. Essa circunstância elide, por si só, o *fumus boni iuris*.

Ademais, tão logo exaurido o triênio inaugural, o benefício poderá ser consolidado mediante a necessária averiguação pericial de persistência de danos neurológicos incapacitantes, há vista do regime geral do BPC.

A concessão por tempo indeterminado e pouco criteriosa ensejaria o avultamento de fraudes contra a já combatida rede seguridade

²⁷ HOLMES, S; SUNSTEIN, C.R. . **The Costs of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes,. W.W. Norton: New York ,1999.





SENADO FEDERAL
Advocacia

social do País, o que ameaçaria a devida cobertura a que fazem jus os microcéfalos e outras pessoas em condições de deficiência e/ou vulnerabilidade.

Mais a mais, a ação na verdade veicula debate que deveria ser deduzido pelas vias ordinárias perante os próprios Poderes Legislativo e Executivo. A impetrante não demonstra que haja buscado colaborar, sem sucesso, na formulação e na consecução das políticas públicas impugnadas, o que, em remotíssima hipótese, poderia ensejar alguma intervenção heterônoma; em outras palavras, não houve demonstração de falha nos mecanismos democráticos que pudessem ensejar a ação reparadora funcional do Poder Judiciário, nos moldes propostos por Hart Ely²⁸. Essa omissão elide a uma só vez o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Por fim, é patente que a medida cautelar implica *periculum in mora* reverso, porque a intervenção judicial pretendida pode gerar grave e insondável perturbação da execução das políticas e da ordem pública, até porque poderia implicar o remanejamento de recursos sem o devido planejamento e previsão orçamentária.

Mencione-se, ainda, que a sustação cautelar dos dispositivos que criminalizam o aborto *vis-à-vis* as mulheres em idade fértil acometidas de zika, sem amparo (o pedido) em robusta pesquisa médica, como pretende a impetrante, acarreta risco, demais altamente provável, de morte de inúmeras crianças, inclusive pelo elevado perigo de que a eventual medida seja recebida de forma tumultuada e amedrontada pela população, como um falso reconhecimento de que o Poder Público

²⁸ HART ELY, John. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.





SENADO FEDERAL
Advocacia

entenderia que as gestações são todas inviáveis ou que todas as crianças viriam a nascer doentes – o que não corresponde à realidade.

Por todo o exposto, os pedidos de medida cautelar devem ser indeferidos em sua totalidade, por falta de amparo legal, uma vez que não confluem na espécie os requisitos autorizadores; e, muito especialmente, porque as pretensões veiculadas na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade devem ser resolvidas no âmbito legislativo, e não pela via do controle de constitucionalidade.

Em 8 de setembro de 2016.

(ASSINATURA DIGITAL)

HUGO SOUTO KALIL
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 29.179

(ASSINATURA DIGITAL)

EDVALDO FERNANDES DA SILVA
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 19.233

(ASSINATURA DIGITAL)

FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
Advogado do Senado Federal – Coordenador
Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos

(ASSINATURA DIGITAL)

THOMAZ GOMMA DE AZEVEDO
Advogado do Senado Federal – Coordenador
Núcleo de Processos Judiciais

(ASSINATURA DIGITAL)

RÔMULO GOBBI DO AMARAL
Advogado-Geral Adjunto

(ASSINATURA DIGITAL)

ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral do Senado Federal

