



**EXCELENTÍSSIMA SR. MINISTRA CARMEN LÚCIA, EMINENTE RELATORA
NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5581**

ADI nº 5581

CENTRO ACADÊMICO AFONSO PENA (CAAP - UFMG), pessoa jurídica de direito privado constituída na forma de associação sem fins lucrativos, órgão de associação e de representação dos membros do corpo discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, inscrito no CNPJ sob o nº 17.390.964/0001-96, neste ato representado, na forma de seu Estatuto Social, por sua presidente RAYARA REGINA CONCEIÇÃO DA SILVA, em parceria com a **DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DA UFMG (DAJ - UFMG)**, órgão complementar vinculado à Faculdade de Direito, incumbido de prestar assessoria jurídica a pessoas hipossuficientes, e com a **CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG (CdH - UFMG)**, programa de extensão vinculado à **DAJ - UFMG** que tem por finalidade atuar em casos de violações a direitos humanos, ambos com sede à Avenida João Pinheiro, nº 100, Bairro: Centro, CEP 30130-180, Belo Horizonte/MG, vêm, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de suas procuradoras subscritoras, conforme procuração anexa (Doc. 01), com fundamento no art. 6º, §2º da Lei nº 9.882/1999, no art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/1999, no art. 138 do Código de Processo Civil, e no art. 169 e seguintes do Regimento Interno deste Excelso Supremo Tribunal Federal, requerer sua admissão na qualidade de

AMICUS CURIAE

nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), com objetivo de questionar os seguintes dispositivos legais: art. 1º, "caput", § 1º, II e § 3º, art. 18, "caput", §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 13.301, de 27 de junho de 2016; de acordo com a interpretação conforme a Constituição



dos artigos 124, 126 e 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), nos termos a seguir expostos:

I. DA ADMISSIBILIDADE DO PRESENTE *AMICUS CURIAE*

I.1. DA REPRESENTATIVIDADE DOS POSTULANTES

O **Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP)** é órgão de associação e de representação dos membros do corpo discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Possui como uma de suas competências apoiar movimentos estudantis e sociais que estejam fundados em princípios democráticos e objetivam valorizar o bem estar da comunidade ou defender os interesses nacionais (art. 2º, “d”, do Estatuto do CAAP - Doc. 03). Em obediência ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, previsto no art. 207, caput, da Constituição Federal, o CAAP busca uma atuação de intervenção social por meio do ensino jurídico.

A **Divisão de Assistência Judiciária (DAJ)** realiza orientação jurídica, advocacia preventiva na busca de soluções extrajudiciais para os conflitos, e ajuizamento e acompanhamento de ações judiciais de forma gratuita. Voltada à população hipossuficiente de Belo Horizonte, tem como principais propostas atuar na busca da efetivação dos direitos fundamentais, bem como proporcionar aos alunos do curso de graduação da Faculdade de Direito da UFMG a oportunidade de exercer a prática da advocacia em áreas de relevância social. Desse modo, a DAJ se destina à formação de profissionais capazes de refletir criticamente sobre o Direito e promover uma atuação de impacto social, por meio da defesa e valorização dos direitos humanos.

A **Clínica de Direitos Humanos (CdH)** é um Programa de Pesquisa e Extensão que utiliza o método da advocacia estratégica em seu trabalho, em consonância com a legislação, jurisprudência e tratados internacionais em direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, e tem como objetivo defender e promover direitos humanos, buscando uma perspectiva crítica e transdisciplinar, adotando linhas de ação tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial. A



atuação da CdH ante violações sistemáticas e/ou inseridas nas estruturas estatais, como ocorre no caso da epidemia do vírus Zika, se dá, em regra, por meio da articulação com a rede de proteção de direitos humanos. O trabalho se desenvolve de maneira estratégica, considerando as seguintes possibilidades de ação: a) articulação com redes de proteção envolvendo movimentos sociais, agentes/órgãos estatais e entidades da sociedade civil; b) proposição de mudanças em práticas e estruturas institucionais; c) incidência em processos legislativos; d) acompanhamento de demandas individuais ou coletivas judicializadas; e) divulgação de pautas e mobilização por meio de recursos de comunicação; f) elaboração de documentos técnicos: pareceres, notas técnicas, estudos e *Amici Curiae*; g) desenvolvimento de pesquisas acadêmicas; h) oferecimento de denúncias; i) promoção e organização de eventos acadêmicos; e j) internacionalização de casos, quando possível.

No âmbito do STF, a CdH já atuou como *amicus curiae* na ADPF N° 442 (RE n° 670.422/RS) e realizou exposição oral em sede de audiência pública convocada no âmbito da referida ação em agosto de 2018. O programa já realizou diversos pareceres, relatórios, notas e estudos técnicos, encaminhados para tribunais, instâncias legislativas e outros órgãos estatais, para tratar de temas relacionados a direitos humanos e encaminhou à Corte Interamericana de Direitos Humanos Opinião Consultiva sobre o tema da proteção ao direito à identidade de gênero e orientação sexual. Além disso, já contribuiu com a produção de artigos, capítulos de livro, apresentação de trabalhos acadêmicos, produção e divulgação de cartilhas e pílulas de rádio, dentre outros materiais com a temática de proteção e efetivação de direitos humanos.

O programa possui um eixo de trabalho voltado especificamente à garantia dos direitos reprodutivos e sexuais; desde o ano de 2016 articula-se com a rede de atenção à infância na cidade de Belo Horizonte, que inclui diversos atores nas áreas da saúde, psicologia, direito e assistência social; participa da rede feminista local e nacional pela legalização do aborto. O eixo atua na assessoria de gestantes, parturientes e mães de crianças que necessitam de atendimento, bem como encaminhamento para utilização dos instrumentos de políticas públicas municipais. Judicialmente, a CdH realiza a defesa técnica de mães que



desejam recuperar a guarda de crianças em situação de acolhimento institucional, realizando um acompanhamento amplo da família extensa e dos institutos envolvidos em cada caso.

Além disso, o eixo atuou/atua extrajudicialmente no sentido de (i) pressionar o Poder Legislativo para realização de audiências públicas acerca do tema da primeira infância em âmbito municipal e estadual, bem como para fiscalização do funcionamento das políticas públicas; (ii) realizar visitas técnicas a unidades de acolhimento institucional de crianças em Belo Horizonte; (iii) apresentar pareceres e notas técnicas ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em denúncia a violações de direitos humanos ocorridas em processos judiciais; (iv) realizar eventos acadêmicos para discussão e ventilação dos desafios ao tratamento adequado à primeira infância; (v) desenvolver pesquisa(s) científica(s) junto à Defensoria Pública da Infância e Juventude de Belo Horizonte para mapeamento qualitativo dos casos de Medidas de Proteção a recém-nascidos no âmbito da Vara Cível da Infância e Juventude; (vi) elaborar, em conjunto com outras entidades, denúncia(s) direcionada(s) ao Alto-Comissariado da ONU sobre as práticas de acolhimento ilegal de recém-nascidos em Belo Horizonte.

Desse modo, as atividades desenvolvidas promovem uma formação humanística e complexa dos estudantes, por meio da compreensão das diversas possibilidades de proteção a direitos fundamentais no âmbito nacional e internacional, do desenvolvimento de habilidades amplas e plurais, especialmente quanto à definição de estratégias, identificação da repercussão social e legal de demandas, e produção científica e técnica.

Demonstrada, portanto, a representatividade dos postulantes.

I.2. DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

Conforme o art. 138 do CPC, caberá *amicus curiae* quando houver relevância da matéria. Esse aspecto da demanda é demonstrado diante de seu impacto social, tanto no âmbito da defesa dos direitos humanos, destacando-se os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, quanto no fortalecimento de políticas públicas em âmbito nacional para minimizar



os efeitos da epidemia do vírus Zika. Dessa forma, a demanda destaca a urgência pela efetivação de direitos fundamentais, na medida em que pleiteia amplo acesso ao sistema de saúde, à informação, assistência psicológica, auxílio financeiro e estrutural para as famílias de gestantes atingidas pelo vírus.

Isto posto, é inadmissível a atual postura omissa do Estado brasileiro no amparo dessas mulheres. A situação de abandono é largamente demonstrada a partir de estudos estatísticos da situação socioeconômica das famílias, além dos desafios impostos nos cuidados de recém-nascidos com microcefalia. Outro dado importante é a territorialidade restrita dos impactos da epidemia do vírus zika, que atinge regiões onde há pouco investimento público no fortalecimento do sistema de saúde, altos índices de pobreza e miséria e dificuldade de acesso aos principais aparelhos assistenciais da rede pública.

A partir dessa análise, é latente a necessidade de ampliação do discussão, para que sejam apresentadas perspectivas diversas sobre o tema, que incide em questões de interesse público, em busca da complexificação do debate e apuração das medidas mais adequadas à solução do problema.

II. DO MÉRITO

II. 1. JUSTIÇA REPRODUTIVA, DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO E A EPIDEMIA DO VÍRUS ZIKA

Em sede da exordial, a Autora da presente ação expõe minuciosamente o contexto e os argumentos que legitimam seu pleito, lançando luz à grave situação social e de saúde pública causada pela epidemia do vírus Zika e suas nefastas consequências. O extenso rol de pedidos realizados, sejam eles definitivos ou liminares, feitos no âmbito da Ação Direta de Constitucionalidade ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, aponta para um objetivo amplo que é obrigar o Estado a criar medidas preventivas e garantir a



prestação do amparo devido e necessário àquelas famílias acometidas pelo vírus, especialmente no que diz respeito às gestantes infectadas e às crianças nascidas com microcefalia em virtude da infecção. Sendo assim, é evidente que o direito à assistência social, à saúde e à informação conformam pilares fundamentais para o referido pleito.

Por outro lado, no presente *amicus curiae* parte-se do entendimento que a temática em questão e a finalidade dos requerimentos feitos na inicial também tocam diretamente o tema dos direitos sexuais e reprodutivos e da Justiça Reprodutiva, e considera-se serem estes alicerces essenciais para melhor abordar e compreender o conflito jurídico em tela.

O termo Justiça Reprodutiva, cunhado em 1994 em uma conferência de mulheres negras realizada em Chicago/EUA¹, é atravessado desde sua origem pela premissa de combate ao racismo estrutural, e implica reconhecer que o controle, a regulação e a estigmatização da sexualidade, do corpo e da fertilidade das mulheres está conectado à regulação de comunidades marcadas por raça, classe, gênero, sexualidade e nacionalidade. Ou seja, uma estrutura não se desenvolve de forma independente da outra, pelo contrário, se influenciam de maneira recíproca, o que se verifica na medida em que, por exemplo, este controle é mais intenso e violento em relação a mulheres negras, pobres, marginalizadas, cuja sexualidade e/ou performance de gênero estejam em desconformidade à norma cisgênera e heterossexual.

Pode-se dizer que o objetivo principal da Justiça Reprodutiva é tornar possível a autodeterminação das mulheres nas dimensões da escolha reprodutiva e da autonomia procriativa². Seus três pilares, que possuem equivalente importância, consistem em garantir o direito a (i) não ter filhos, (ii) a ter filhos e (iii) a ser mãe/pai em condições seguras e saudáveis, tanto para os pais quanto para os filhos - englobando, aqui, o direito a tomar

¹ Undivided Rights: Women of Color Organizing for Reproductive Justice. Loreta Ross, Elena Gutierrez, Marlene Gerber, Jael Silliman.

² Parte-se aqui do entendimento de que a autonomia configura elemento indispensável à dignidade humana, sendo “fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida” BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012.



decisões relacionadas ao parto. Tal premissa implica defender que qualquer pessoa que experiencie uma gestação tenha o direito de optar por continuá-la ou interrompê-la, conforme suas crenças, valores, projeto de vida, e demais fatores que dizem respeito à sua vida privada e a sua intimidade.

A efetivação destes três pilares exige que o Estado atue no sentido de garantir, por exemplo, a obrigatoriedade da educação sexual no âmbito da educação básica, o acesso amplo a métodos contraceptivos de qualidade, a políticas públicas que promovam planejamento familiar e o enfrentamento à desigualdade de gênero, e a equipamentos sociais de cuidado de crianças como creches, dentre outros direitos e iniciativas que proporcionem à mulher condições suficientes para exercer sua autonomia sexual e reprodutiva, tendo o poder de escolha sobre se reproduzir ou não, e que facilitem suas obrigações como mãe³.

Em virtude da desigualdade existente entre homens e mulheres em uma sociedade machista, fenômeno que reduz a possibilidade de a mulher tomar as rédeas de sua vida sexual e reprodutiva com autonomia, livre de coerções, estigmas e violência, as pautas políticas encampadas pelo ideal da Justiça Reprodutiva em geral têm como principal sujeito as mulheres. Entretanto, os direitos que busca efetivar têm como destinatário a sociedade como um todo, independente de gênero, pois o objetivo final é que as pessoas possuam maior agência e liberdade para escolher se e como formar suas famílias, bem como usufruam de serviços que possibilitem qualidade de vida para pais, mães e filhos.

O conceito de Justiça Reprodutiva é acompanhado por um debate teórico e crítico que se desenvolve com profundidade para além da esfera do direito, de maneira que a categoria dos direitos sexuais e reprodutivos configura um instrumento complementar à análise do caso em tela, visto que pauta no debate jurídico nacional e internacional o reconhecimento da extensa lista de direitos e garantias também reclamados pela Justiça Reprodutiva.

Apesar de não previstos expressamente na Constituição, os direitos sexuais e reprodutivos decorrem dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput* da

³ WEST, Robin. From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights. Yale Law Journal, v. 118, n. 7, p. 1394-1432, 2009. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/784_g5k61bm1.pdf>. Acesso em: 25/06/2019.



CR/88), e estão descritos em compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995) e o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013), no qual se assegura, entre as medidas prioritárias, o acesso universal aos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva (item D, pontos 33, 34 e 35).

Conforme o exposto, conclui-se que constituem violações aos direitos sexuais e reprodutivos a falta de políticas públicas que disseminem informações sobre formas de contaminação do vírus Zika, que promovam o acesso amplo a métodos contraceptivos de qualidade, a restrição do recebimento do BPC e do salário maternidade no caso em tela, a criminalização do aborto no caso das gestantes infectadas pelo vírus Zika, a ausência de serviços públicos de saúde e assistência para possibilitar o cuidado e tratamento de crianças com microcefalia, fatos extensamente demonstrados na exordial.

Assim, é mister aclarar que a luta pelo fim da maternidade forçada caminha lado a lado com a luta por políticas públicas que ofereçam suporte social para o exercício da maternidade e da paternidade por aqueles que optem por ter filhos. Entende-se aqui, portanto, que se configura como uma questão de Justiça Reprodutiva o pleito da presente ação relacionado à garantia de direitos assistenciais e de saúde à família de bebês nascidos com microcefalia em decorrência de contaminação pelo vírus Zika, bem como o pleito relacionado ao reconhecimento de excludente de ilicitude para a interrupção voluntária da gestação no caso da gestante infectada pelo vírus.

Se os direitos sexuais e reprodutivos têm como objetivo último a garantia da autonomia e a autodeterminação dos sujeitos para traçar e viver suas vidas reprodutivas com segurança e em conformidade a seus projetos de vida, não é possível reclamá-los sem, simultaneamente, realizar um recorte de raça e classe e abordar o direito à não discriminação. Isto porque existe uma alarmante desigualdade que se interpõe à efetivação destes direitos, tornando-os menos acessíveis às mulheres negras, pobres, periféricas e nordestinas,



frequentemente submetidas a inúmeras violações e negações de seus direitos mais básicos, como condições materiais mínimas para possuir moradia e alimentação adequadas, usufruir de transporte, saúde, educação e lazer, dentre outros elementos que caracterizam uma vida digna.

Conforme demonstrado na exordial, os danos causados pela epidemia do vírus Zika foram consideravelmente mais severos para este grupo de mulheres, considerando ainda que mais de 60% das crianças nascidas com a síndrome congênita do residem nos estados Pernambuco, Bahia, Paraíba, Maranhão e Ceará. Nesse sentido, segundo a antropóloga Débora Diniz,

Há uma discriminação interseccional dessas mulheres: elas já eram pobres, nordestinas, pouco escolarizadas e com frágil inserção no mundo do trabalho; agora são, também, cuidadoras de crianças com necessidades não protegidas pelo Estado brasileiro.⁴

São também essas mesmas mulheres as mais criminalizadas pela interrupção voluntária da gestação, as que mais morrem no país devido a complicações decorrentes de abortos inseguros, as que têm seus corpos violados pelo Estado por meio de procedimentos de esterilização forçada, e aquelas cujos bebês são arbitrariamente abrigados e encaminhados à adoção pelo Estado logo após o parto. Além de lhes ser negada possibilidade de interromper a gestação, ou de fazê-lo sem risco de morte, tampouco optar pela maternidade é um direito pleno para tais mulheres.

Ante o exposto, conclui-se que no caso em tela há patente violação ao princípio da igualdade de gênero e ao direito fundamental à não discriminação, com fulcro no artigo 5º, *caput*, e artigo 3º, inciso IV da Magna Carta, visto que o impacto da omissão estatal quanto à epidemia do vírus Zika e quanto à criminalização do aborto geram danos absolutamente desproporcionais, sendo muito mais gravosos às mulheres que aos homens, e às mulheres negras e em situação de vulnerabilidade social que às mulheres brancas e de classe média-alta.

⁴ Diniz, Debora. Vírus Zika e mulheres. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000500601&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 08/07/2019.



Portanto, a efetivação da Justiça Reprodutiva, a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, do direito à igualdade de gênero e à não discriminação se constituem como pilares fundamentais que devem guiar o debate sobre o caso, e sobre os quais se alicerçam as argumentações expostas nos tópicos seguintes.

No âmbito da ADI, pleiteia a ANADEP interpretação constitucional do artigo 18, *caput* e §3º da Lei 13.301/2016, bem como a declaração de nulidade do §2º do mesmo artigo, com a finalidade de afastar a limitação temporal de 3 anos para recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) no caso de crianças acometidas por problemas neurológicos decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do Zika, e permitir o recebimento do salário maternidade pelo período de 180 dias, concomitantemente ao recebimento do BPC, por parte das mães destas crianças. No âmbito da ADPF, requer a interpretação em conformidade à Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, com vistas a (i) declarar inconstitucional interpretação que considere a interrupção voluntária da gravidez por uma mulher infectada pelo vírus Zika como ato típico nos termos dos artigos 124 e 126, ou, sucessivamente, (ii) declarar interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II do CP, julgando constitucional a prática da interrupção voluntária da gestação nesses casos por se verificar a ocorrência de causa de justificação, específica (art. 128, CP) ou genérica (arts. 23, I e 24, CP), configurando-se, assim, hipótese legítima de aborto por estado de necessidade. No presente *amicus curiae*, nos restringiremos a discutir apenas os referidos pedidos.

II. 2. DA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

O Estado de Necessidade é uma causa de exclusão da ilicitude legalmente prevista no Código Penal Brasileiro em seus artigos 23, I e 24⁵:

⁵ CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: Abril, 2019.



Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Considerando tal definição, observa-se que, para a configuração de Estado de Necessidade, o ordenamento jurídico e a Doutrina reconhecem a primordialidade da satisfação de cinco requisitos básicos, sendo eles: (i) a existência de perigo atual e inevitável; (ii) tratar-se de direito (bem jurídico) próprio ou alheio; (iii) não ter o sujeito provocado intencionalmente a situação de perigo (involuntariedade da produção de perigo); (iv) a inevitabilidade do comportamento lesivo; e (v) a inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado. O Estado de necessidade também pode ser aplicado quando o sacrifício do bem jurídico não é razoável, mas há inexigibilidade de conduta diversa, configurando o Estado de necessidade exculpante⁶.

Cumprido diferenciar o instituto do Estado de Necessidade da hipótese de Legítima Defesa, visto que no primeiro existe um conflito entre dois bens jurídicos amparados pelo ordenamento, que aqui serão avaliados por meio da máxima da proporcionalidade com vistas a determinar qual bem é preponderante ao outro e se há a configuração da hipótese de exclusão de ilicitude. Por sua vez, a Legítima Defesa configura-se em casos em que há uma injusta agressão, atual ou iminente, que represente perigo de dano a bem jurídico indisponível, não havendo, portanto, colisão entre bens jurídicos como se verifica no Estado de Necessidade.

A prática de aborto consentido pela gestante, seja ela executada pela gestante ou com auxílio de terceiros, é tipificada como crime pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 124 e 126, com vistas a proteger o bem jurídico relevante que é a vida em potencial do feto. O legislador excluiu a punição pela interrupção voluntária da gestação nas hipóteses do artigo 128, quais sejam o chamado “aborto necessário”, quando a gravidez enseja risco de morte à

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 19ª Edição. Editora Impetus. Niterói, RJ: 2017.



gestante (Art. 128, I), e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (Art. 128, II). Ademais, o STF decidiu em 2012, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que o aborto tampouco se configura como crime no caso de ser o feto diagnosticado com anencefalia, visto que, neste caso, o ser em formação não teria possibilidade de vida extrauterina, considerando-se, assim, a interrupção da gravidez como uma conduta atípica em tais casos.

Nesse contexto, a autora da ADI 5581 pleiteia que seja considerada como estado de necessidade específico (nos termos do artigo 128, CP), ou como estado de necessidade justificante geral (artigos 23, I e 24, CP), a situação das mulheres gestantes que tenham sido diagnosticadas como infectadas pelo vírus Zika.

A partir dos dados e informações apresentados na exordial, pode-se constatar que, nos casos em que a gestante é identificada como portadora do vírus Zika, há, de fato, um conflito entre bens jurídicos protegidos pelo ordenamento: a vida em potencial do produto da concepção - feto ou embrião - e os direitos da mulher gestante à saúde, à liberdade para determinar seu projeto de vida e exercer sua autonomia sexual e reprodutiva, à integridade física e psicológica, à dignidade da pessoa humana, todos tutelados pela Constituição da República, em seus artigos 6º, 226, §7º, 5º, *caput* e 1º, inciso III.

Nesse contexto, é fundamental esclarecer que a proibição legal da interrupção voluntária da gestação não impede nem sequer reduz a incidência desta prática. Estudos demonstram que investimentos estatais em políticas públicas que promovam e ampliem o acesso à saúde e educação públicas de qualidade, ao planejamento familiar e a métodos contraceptivos, são meios eficazes para salvaguardar tanto a vida em potencial do feto quanto a vida das mulheres, chegando, inclusive, a reduzir o número de casos de abortamento nos países que adotaram esta perspectiva⁷. Em sentido contrário caminha a criminalização, que

⁷ Nesse sentido, destacamos algumas notícias relevantes sobre o tema: (i) “*Aborto seguro é direito de todas as mulheres, dizem especialistas da ONU*”, disponível em: <https://nacoesunidas.org/aborto-seguro-e-direito-de-todas-as-mulheres-dizem-especialistas-da-onu/>; “*OMS: Proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*”, disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>; “*Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo*”, disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/>;



afasta a mulher do Estado e do acesso a seus serviços, criando a clandestinidade em que ocorrem os abortos inseguros no país.

Assim, as experiências internacionais indicam que flexibilizar a legislação sobre o aborto é uma via que não implica o aumento da prática da interrupção voluntária da gestação, pelo contrário. Além disso, é uma medida fundamental para garantir a proteção dos direitos fundamentais das mulheres, já recomendada pela CEDAW (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres), na Recomendação Geral nº 24 e no artigo 16.1, pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, pelo Comitê contra a Tortura, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (com base no voto do ministro Barroso no Habeas Corpus 124.306)⁸.

No caso em tela, conforme pleiteado na exordial, busca-se que a situação de mulheres gestantes em contexto de risco de contaminação pelo vírus Zika seja enfrentada prioritariamente por meio das demais medidas pleiteadas na petição inicial, voltadas à assistência social e de saúde, ao acesso à informação, dentre outras, de modo a garantir que a interrupção voluntária da gestação seja uma medida excepcional e cada vez menos recorrente.

II.2.i. Análise dos Requisitos do Estado de Necessidade

(a) Do perigo atual ou imediato e considerações sobre os danos possíveis

No presente *amicus curiae*, demonstrar-se-á a plena aplicabilidade das hipóteses de Estado de Necessidade amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro ao caso específico da gestante portadora do vírus Zika. Para tanto, deve-se analisar se o conflito entre os bens jurídicos em questão preenche, em primeiro lugar, o requisito de (i) perigo atual. Para doutrinadores como Cezar Bitencourt, Rogério Greco e Damásio de Jesus, tal conceito deve

“Legalização diminuiria casos de abortos, dizem especialistas”, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff080919.htm>. Acesso em 09/07/2019.

⁸ Notícia e voto disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso em 09/07/2019.



incluir também a noção de perigo iminente, afastando-se a aplicação da justificante apenas nos casos em que se tratar de perigo passado, ou de perigo remoto⁹. Nesse sentido:

Perigo não se confunde com dano, mas a atualidade do perigo engloba a iminência do dano, uma vez que perigo é a **probabilidade de dano**, ou seja, a atualidade do perigo equivale à iminência de dano, mormente para um direito penal mínimo que acolhe o princípio da ofensividade, e que não admite perigo abstrato. Por isso, sustentamos que, embora nosso Código Penal preveja, para o estado de necessidade, somente o perigo atual, aceita o requisito da iminência do dano, aliás, a iminência de dano é a prova real e indiscutível da existência de perigo concreto.¹⁰

Ante o exposto, argumenta-se aqui que o perigo de dano no caso das gestantes contaminadas pelo vírus Zika pode ser compreendido como atual, visto que a contaminação pode estar causando danos imediatos à gestante e ao feto/embrião, e também iminente, uma vez que existe um conjunto de danos a direitos diversos que podem se concretizar a qualquer momento, conforme demonstrar-se-á adiante. Para melhor ilustrar o argumento, é importante mencionar algumas espécies de dano decorrentes da situação em análise.

A partir do momento em que a mulher toma ciência de sua situação de saúde e dos riscos possíveis decorrentes dela, poderá passar a enfrentar grave estresse, angústia e sofrimento psíquico diante da incerteza sobre a situação de saúde do feto/embrião. Nesse ensejo, entende-se que, em geral, o dano psicológico se configura de maneira imediata e presente, e tende a ser agravado na medida em que a gestação prossiga.

Neste cenário de considerável estresse emocional e físico, é mister destacar que o período gravídico-puerperal é, segundo especialistas, a fase de maior incidência de transtornos psíquicos na mulher¹¹. Dentre os transtornos recorrentes neste período se destacam a depressão, ansiedade, alcoolismo, transtorno de estresse pós-traumático, transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno de pânico, agorafobia atual, transtorno maniaco

⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. 19ª Edição. Editora Impetus. Niterói, RJ: 2017. pg. 890.

¹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 609.

¹¹ *Avaliação de Saúde Mental em Gestantes*: Poliana Patrício Aliane, Telmo Mota Ronzani, Cristiane Schumann Silva, Gabriel Resgala Silva, Daniele Batista Miranda, Priscila Ferreira de Oliveira Aline Fajardo Mendes e Erikson Felipe Furtado. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v1n2/v1n2a04.pdf>>.



ou maníaco-depressivo, dependência de substâncias, anorexia nervosa e transtorno de personalidade antissocial.

Ao se ver forçada a permanecer em uma gestação indesejada, a mulher é submetida a experimentar em seu corpo os efeitos e transformações ocasionados pela gravidez, bem como todos os eventuais riscos à sua saúde e implicações que possam ser decorrer da gestação e da infecção pelo vírus Zika, que se configuram como danos à integridade física da mulher. Além disso, entende-se que os danos à integridade física e psicológica estão profundamente conectados e trazem implicações recíprocas, de modo que podem inclusive se consubstanciar em um ou mais danos de natureza mista.

Além disso, a mulher que deseja interromper a gestação no Brasil, em especial fora das hipóteses autorizadas por nosso ordenamento jurídico, encontra-se em situação de grande vulnerabilidade. O machismo estrutural da sociedade, que produz e reproduz estereótipos de gênero, expectativas de padrões comportamentais direcionadas a mulheres e homens, produz também a noção de maternidade compulsória e o mito do instinto materno, responsáveis por impor às mulheres que não se adequam a estes padrões grande sofrimento, tornando-as alvo de discriminação. Portanto, para avaliar o perigo de dano a que estas mulheres estão submetidas, é fundamental considerar tais estruturas socioculturais, que potencializam seu sofrimento psíquico e possibilitam uma série de situações discriminatórias que podem alcançar níveis alarmantes de violência.

Diante do exposto, adota-se aqui o entendimento de que a negação do acesso ao procedimento de interrupção voluntária da gestação implica em tratamento cruel, desumano e degradante à mulher, tese que tem sido reiteradamente defendida por mecanismos internacionais de monitoramento da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984),¹² da qual o Brasil é signatário. Entende-se que, para além dos danos à integridade psíquica e física supramencionados, constitui tortura o

¹² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Diário Oficial [da União], Brasília, DF, 18 fev. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 07/05/2019.



tratamento por parte de serviços públicos e privados ao qual é exposta a mulher que deseja interromper a gestação.

Não são raros os casos em que, ao acessar serviços como de saúde ou assistência, a mulher enfrenta situações desrespeitosas e abordagens violentas por parte do profissional que a atende, seja no intuito de obter informações, instaurando espécie de investigação inquisitorial informal, ou mesmo com o objetivo de impor à mulher um castigo por estar buscando realizar um aborto. Negar o acesso da mulher a serviços de saúde reprodutiva constitui tratamento desumano e degradante, pois lhes impõe grave sofrimento e desrespeita sua autonomia com fundamento no discurso discriminatório de que não é legítimo um projeto de vida que contrarie a noção de maternidade compulsória.

A situação de impotência e fragilidade em que a mulher se encontra perante estes serviços também é um aspecto importante para que sua situação seja inserida no âmbito do tratamento cruel, desumano ou degradante, uma vez que elas necessitam e dependem do atendimento destes profissionais, em especial no caso aquelas que não tem opção outra senão recorrer ao serviço público de saúde e assistência. Nesse sentido, “em determinadas circunstâncias, as negações de aborto podem causar dores ou sofrimentos agudos para a mulher, adolescente ou menina, que chegam ao patamar de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Esta dor pode ser física ou mental, e em certos casos é previsível”¹³.

Conforme as possibilidades de danos acima exemplificadas, argumenta-se que o perigo de dano no caso em tela pode ser atual e/ou iminente. Caso tais danos já sejam vivenciados pela mulher no caso concreto, destacando, ainda, que estes tendem a se agravar com o decorrer da gestação e a ampliação seus impactos físicos e psíquicos na mulher, trata-se de evidente perigo atual. Por outro lado, será perigo de dano iminente no caso

¹³ Parecer sobre obrigações internacionais de direitos humanos relacionados à prestação de serviços de aborto, assinado pelo Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Sr. Juan Mendez; pela Relatora Especial sobre violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Sra. Dubravka Simonovic, e várias outras autoridades, e apresentado pela organização não governamental Anis – Instituto de Bioética em pedido de admissão como amicus curiae na ADI 5581 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Amicus Curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 31 de outubro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 09/07/2019).



concreto em que a gestante ainda não apresentar situação de sofrimento físico e psíquico grave ou diagnósticos de transtornos psíquicos, que, apesar de ainda não por ela experienciados, poderão vir a se manifestar, conforme demonstrado. Portanto, independentemente de qual for o caso concreto, resta evidente que a situação da gestante contaminada pelo vírus Zika se adequa integralmente ao requisito da excludente de ilicitude que exige a existência de perigo de dano atual ou iminente.

(b) Da ameaça a direito próprio ou alheio

Analisa-se, a seguir, se o bem jurídico em questão está plenamente amparado pelo ordenamento jurídico pátrio e internacional, e se se trata de direito próprio da gestante ou alheio. Conforme explica Fernando Capez, o direito, para este requisito legal, diz respeito a “qualquer bem tutelado pelo ordenamento legal, como a vida, a liberdade, o patrimônio etc”, sendo, portanto, “imprescindível que o bem a ser salvo esteja sob a tutela do ordenamento jurídico, do contrário não haverá “direito” a ser protegido”¹⁴. Conforme exposto anteriormente, o perigo em questão ameaça os direitos sexuais e reprodutivos, a dignidade, integridade física e psíquica e a liberdade e autodeterminação da mulher, restando evidente a plena caracterização do segundo requisito em pauta, bem se tratar de direito próprio da gestante.

(c) Da situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito

No que tange ao requisito de não ter sido o perigo provocado pela vontade do agente, em consonância aos doutrinadores Bitencourt¹⁵, Fernando Capez¹⁶ e Damásio E. de Jesus¹⁷, parte-se do entendimento de que tal dispositivo se refere a não ter o agente provocado *dolosamente* a situação de perigo. No caso da gestante portadora de vírus Zika, é evidente a

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)* — 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. pg. 301.

¹⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 612.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)* — 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. pg. 302.

¹⁷ JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1 : parte geral* — 34. ed. — São Paulo : Saraiva, 2013. pg 419.



dificuldade material de se forçar uma picada de um mosquito com vistas a se contaminar, causando danos para si e para o produto da concepção, seja antes ou durante a gravidez. Além da inviabilidade de se saber se o mosquito está de fato contaminado, é altamente improvável que se obtenha sucesso na tentativa de realização desta inusitada façanha. Desta forma, é absolutamente incabível afirmar que a mulher gestante contaminada pelo vírus tenha dolosamente criado a situação de perigo em que se encontra.

(d) Da inevitabilidade do comportamento lesivo

Quanto à inevitabilidade do comportamento lesivo, Bitencourt entende que deve-se “buscar a realização do comportamento menos lesivo”, desde que seja este suficiente para a finalidade de evitar o perigo¹⁸. No caso em tela, o comportamento lesivo é a interrupção voluntária da gestação, e não a ocorrência da gestação em si ou do contágio pelo vírus Zika. Busca-se, assim, avaliar a aplicabilidade do instituto do estado de necessidade ao caso de mulheres que já estejam grávidas e contaminadas pelo vírus, de maneira que medidas relacionadas ao acesso à informação, prevenção de contágio do vírus, planejamento familiar e acesso a contraceptivos para prevenir gestações não desejadas não são fatores que integram a equação para verificar o preenchimento do requisito em tela.

As razões pelas quais estas mulheres se encontram em tal situação podem ser inúmeras e são questão de foro íntimo, amparadas pelo direito à privacidade e à intimidade, nos termos do artigo 5º, inciso X da Magna Carta. Entretanto, para pensar sobre o fenômeno das gestações indesejadas é fundamental compreender que, para além da esfera íntima da vida privada, ele pode ser entendido como um produto de uma série de fatores, dentre eles o fato de que tais mulheres encontram-se frequentemente impedidas de usufruir de direitos fundamentais, em especial direitos sexuais e reprodutivos, que lhes são negados tanto por patente omissão do Estado quanto pelo machismo estrutural que se reproduz em todos os espaços de nossa sociedade.

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 614.



É imprescindível reconhecer a impossibilidade de se evitar por completo a ocorrência de gestações indesejadas, seja pela falta de acesso à informação e a métodos contraceptivos ou pela falibilidade destes métodos, seja pelas situações de opressão, violência e dominação a que estão submetidas as mulheres em decorrência de uma sociedade patriarcal e machista como a brasileira. Afirma o relatório de 2018 da ONU Mulheres (UN Women) que,

segundo dados obtidos de 45 países, apenas 52% das mulheres entre 15 e 49 anos que são casadas ou estão em uma relação estável têm autonomia para tomar suas próprias decisões sobre relações sexuais e o uso de contraceptivos e serviços de saúde de forma livre e informada. [tradução nossa]¹⁹

Assim, a gestação indesejada é frequentemente fruto de circunstâncias alheias ao exercício da autonomia da mulher, o que representa, em si, grave falha na garantia dos direitos reprodutivos e sexuais. A interrupção voluntária da gestação é a última e mais extrema opção da gestante, quando todas as demais medidas que a poderiam prevenir falharam - e é importante delinear que esta falha é, em grande medida, responsabilidade do Estado.

Não há que se falar em dano ou perigo de dano no caso da gestante que, no exercício de sua autonomia reprodutiva, concorda, voluntária e livremente, em prosseguir com a gravidez. Todavia, uma vez que a mulher se encontra na situação em análise e deseje interromper a gestação, verifica-se que a obrigatoriedade de continuá-la contra sua vontade, dever imposto pela criminalização do aborto, implica à gestante inúmeras violações de direitos e danos à sua integridade física e psíquica, liberdade e projeto de vida.

Considerando a impossibilidade de reverter o quadro clínico da gestante de contaminação pelo vírus Zika para salvaguardar a vida em potencial do feto/embrião, ou de pôr fim à gestação sem implicar qualquer dano ao feto/embrião, o único meio possível para evitar a ocorrência de danos à mulher e/ou fazê-los cessar é a interrupção voluntária da gestação. Inexiste, pois, outro meio razoável e capaz de impedir os danos, visto que o estes

¹⁹ Relatório de 2018 da ONU Mulheres (UN Women): TURNING PROMISES INTO ACTION: GENDER EQUALITY IN THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. Disponível em <<http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018>> Acesso em: 07/05/2019.



decorrem justamente do ato forçar a mulher a continuar a prosseguir com a gestação e passar pelo momento do parto.

Uma vez que as consequências de permanecer em uma gestação indesejada impactam a integridade física e psicológica e o projeto de vida da mulher gestante, cabe a ela dizer qual o meio menos lesivo para evitar os danos que lhe possam ocorrer. Portanto, nos casos em que a mulher portadora do vírus optar pela interrupção da gestação, verifica-se que foi este o caminho que ela, no exercício de sua autonomia reprodutiva, avaliou como o único possível.

Nesse ensejo é importante ressaltar que, uma vez que a interrupção voluntária da gestação é procedimento que também possui inúmeros impactos na saúde e na vida da mulher, não é possível considerá-la em hipótese alguma como o chamado *commodus discessus*, ou seja, como a saída mais cômoda. Também destaca-se que o procedimento de abortamento em momento algum é considerado como espécie de “método preventivo”, nem no presente *amicus curiae* nem na inicial.

Na situação extrema da gestante infectada pelo vírus Zika que deseja interromper a gestação, não há um meio capaz de, concomitantemente, fazer cessar os danos atuais e iminentes contra os direitos da mulher e salvaguardar a vida em potencial do feto/embrião. Constata-se, portanto, que não existe conduta menos lesiva que seja capaz de salvaguardar os direitos da gestante no caso concreto em análise, estando, assim, preenchido o requisito.

(e) Da ausência de dever legal de enfrentar o perigo

O parágrafo 1º do artigo 24 do Código Penal dispõe sobre o dever legal de enfrentar o perigo, dispositivo que se direciona, sobretudo, aos casos em que a profissão do agente é, em sua natureza, perigosa, e na qual o profissional possui o dever legal - expresso no ordenamento jurídico - de enfrentar certos riscos para cumprir suas funções e proteger determinados bens jurídicos - o que não é, definitivamente, o caso em questão. Um dos exemplos notórios é o do bombeiro, que possui o dever de subir em edifícios incendiados para combater o fogo, não podendo se eximir desta obrigação sob o pretexto de haver o risco de sofrer queimaduras, visto que esta situação é um dos pressupostos de seu ofício. Portanto,



visto que somente o dever advindo da lei é capaz de impedir o estado de necessidade, não se pode considerar que, no caso em tela, a mulher detenha dever legal de enfrentar o perigo nos termos do §1º do art. 24 do Código Penal.

(f) Da inexigibilidade de sacrifício do bem jurídico ameaçado - Máxima da Proporcionalidade

Por fim, resta avaliar a razoabilidade de sacrifício do bem, princípio disposto no artigo 24 do Código Penal, na expressão “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Sobre este preceito, discorre Bitencourt:

Mais que a proporcionalidade dos bens em confronto, pretende-se valorar a situação concreta de perigo para aferir a proporcionalidade entre a gravidade do perigo, a adequação do meio elegido para a ação de salvaguarda e a importância do bem ameaçado. São objetos desse quadro valorativo a gravidade da situação de perigo, as circunstâncias fáticas, o estado emocional do agente e a proporcionalidade dos bens em conflito.²⁰

Para demonstrar a razoabilidade do sacrifício do bem jurídico vida em potencial do feto no caso das gestantes portadoras de vírus Zika, aplicar-se-á a máxima da proporcionalidade. O princípio ou máxima da proporcionalidade, tal como desenvolvido pelo filósofo do direito Robert Alexy,²¹ é utilizado na Doutrina para a resolução de conflitos entre princípios fundamentais, com vistas a avaliar, em suma, qual princípio fere menos agressivamente o outro quando estão em choque no caso concreto, e de que maneira. Para que a solução seja encontrada da forma menos discricionária possível, segundo Alexy, deve-se seguir a fórmula que perpassa as submáximas da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

O que se busca no presente tópico é elucidar o argumento de que é razoável o sacrifício do bem jurídico vida em potencial do feto nos casos de interrupção voluntária da gestação por parte de mulheres infectadas pelo vírus Zika, sendo, portanto, aplicável a

²⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. Malheiros Editores, São Paulo: 2015.



excludente de ilicitude de estado de necessidade, não devendo tais mulheres responderem pelo crime de aborto.

Na primeira fase do teste de proporcionalidade, a adequação, deve-se analisar se a interrupção voluntária da gestação é um meio eficaz para impedir os danos aos bens jurídicos da gestante que se objetiva proteger, expostos no item (a), sobre perigo atual e imediato. Conforme abordado no tópico sobre a inevitabilidade do comportamento lesivo, o único meio eficaz de impedir que os riscos de dano à saúde física, mental e aos direitos sexuais e reprodutivos da gestante contaminada pelo vírus Zika que não deseja seguir adiante com a gestação é por meio de sua interrupção. Isto pois a própria gestação acarreta ou pode acarretar danos a essa mulher a partir do momento em que ela é forçada a permanecer grávida contra sua vontade, em desrespeito à sua autonomia reprodutiva. Portanto, sua interrupção no caso em tela é um meio adequado para fazer cessar os danos atuais e impedir os danos iminentes decorrentes da gestação.

A submáxima da necessidade impõe que se avalie a existência de medidas alternativas que sejam eficazes para alcançar o fim proposto, qual seja a salvaguarda dos direitos da gestante, e menos lesivas à vida em potencial do feto/embrião. Todavia, uma vez que ainda não é possível curar a gestante da contaminação pelo vírus nem garantir a sua saúde e a do feto/embrião - circunstâncias que poderiam levar a gestante a desejar prosseguir com a gestação, infelizmente não há meios menos lesivos ao bem jurídico vida em potencial do feto/embrião que sejam capazes de impedir os danos ocasionados à mulher que se encontra nesta situação.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que se realize um balanço entre os benefícios gerados pela interrupção da gestação no que diz respeito à proteção e efetivação dos direitos das mulheres e os danos causados ao bem jurídico vida em potencial do produto da concepção. Nesse sentido, é mister ressaltar a possibilidade de ponderação entre o direito à vida em potencial do feto/embrião e os direitos das mulheres, em especial seus direitos sexuais e reprodutivos. Os direitos fundamentais, por essência, não têm caráter absoluto e, portanto, podem ser relativizados em prol da defesa de outros bens jurídicos, uma vez



respeitada a máxima da proporcionalidade. Especificamente no que tange o direito à vida, dispõe o acórdão da ADPF 54:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.²²

No caso em tela, verifica-se que a colisão de princípios se dá entre o bem jurídico vida em potencial do feto/embrião e os bens jurídicos que englobam os direitos fundamentais da gestante à vida, dignidade, saúde, liberdade, autodeterminação reprodutiva, à não discriminação e a não sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante.

Em primeiro plano, é preciso considerar que o bem jurídico prejudicado pela interrupção da gestação pertence à pessoa humana em formação que é o feto ou embrião. Por sua vez, os bens jurídicos que se visa proteger por meio da justificante do estado de necessidade pertencem a mulheres, cidadãs e trabalhadoras, indivíduo-pessoa formados, dotados de personalidade civil, possuidoras de uma história e de autonomia para traçar seu projeto de vida. Em relevante discussão sobre tema conexo, travada em sede do julgamento da ADI 3510/DF, o então Relator e Ministro Ayres Britto, pronunciou:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas

²² Voto vencedor do Ministro Marco Aurélio. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).



levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (grifos nossos)²³

Destarte, mesmo considerando o bem jurídico vida em potencial do produto da concepção digno de proteção, não há razoabilidade em permitir que este prevaleça em detrimento da tutela de bens jurídicos fundamentais de pessoas humanas.

Tal entendimento já prevalece em outros países, conforme exemplificado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54/DF. A Corte Constitucional Italiana, exemplificou o Ministro, assim como outros Tribunais Constitucionais, já decidiu pela não equivalência entre o direito à vida e à saúde de quem já é pessoa - no caso, a gestante- e a salvaguarda do feto ou embrião, que ainda é vida em potencial.²⁴ A tutela do direito à vida em potencial do feto deve ser feita, portanto, de maneira menos intensa do que a dos direitos da mulher, que já é pessoa.

Ademais, verifica-se no caso em debate a restrição de um único bem jurídico em prol da efetivação de um conjunto de direitos fundamentais das mulheres, desde seus direitos reprodutivos e sexuais, passando pelo direito à integridade física e psíquica e à igualdade de gênero, até o direito à não discriminação e a não sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante. Assim, ao avaliar a proporcionalidade estrita entre os princípios conflitantes, conclui-se que a balança pende nitidamente para a maior quantidade de benefícios que malefícios, sendo, portanto, inexigível o sacrifício dos bens jurídicos da gestante ameaçados neste conflito de princípios.

Destaca-se, ainda, que

nesse cenário de incertezas não é possível prever o número de gestantes que serão infectadas pelo vírus Zika nem quantas apresentarão danos fetais ou neonatais

²³ Voto do Ministro Ayres Britto. ADI 3510, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008.

²⁴ Voto do Ministro Marco Aurélio. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).



graves ao término da gestação. Da mesma forma, não é possível prever a evolução da epidemia, sendo prudente admitir tanto seu agravamento como o seu recrudescimento, a depender da efetividade das medidas que serão adotadas. Autorizar a interrupção da gravidez, após o diagnóstico de infecção pelo vírus Zika, é garantir às mulheres, principalmente àquelas em situação de maior vulnerabilidade, o livre exercício dos seus direitos reprodutivos, o que não se confunde com imposição estatal do aborto ou sua prática eugênica. Pelo contrário, se está assegurando que as mulheres exercerão uma maternidade consciente e responsável com o respaldo do Estado, se assim desejarem.²⁵ (grifos nossos)

Ante o exposto, resta evidenciado que a interrupção voluntária da gestação no caso de gestantes contaminadas pelo vírus Zika é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, e amolda-se plenamente à hipótese de exclusão de ilicitude por meio do instituto do Estado de Necessidade, em conformidade a todos os requisitos impostos pela lei e ao princípio da proporcionalidade quanto ao conflito existente entre os bens jurídicos.

(g) Da desproporcionalidade da criminalização do aborto

Por fim, é importante que o debate sobre a proporcionalidade também seja feito no âmbito do meio escolhido pelo Estado para tratar da prática do aborto, qual seja a criminalização desta conduta. Uma vez avaliada por meio da fórmula da proporcionalidade, tal medida se mostra medida nitidamente desproporcional. A criminalização é inadequada pois não alcança o fim a que se propõe - reduzir o número de abortos e, assim, preservar a vida em potencial do feto/embrião.²⁶ Em sentido semelhante já se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso, no âmbito do julgamento do Habeas Corpus nº 124.306:

Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos (...) Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações

²⁵ Prata ARS, Pedrosa D, Menezes G, Drezett J, Torres JHR, Bonfim JRA, et al. Juridical perspectives of interruption of pregnancy with zika virus infection regarding medical, emotional and social consequences. J Hum Growth Dev. 2018; 28(1):77-81. DOI: <http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.143875>

²⁶ Segundo dados coletados pela Pesquisa Nacional do Aborto, realizada em 2015, é possível afirmar que 1 em cada 5 mulheres brasileiras aos 40 anos já fez um aborto na vida. Somente em 2015, cerca de 503 mil mulheres realizaram aborto no Brasil, na faixa etária de 18 a 39 anos. Isso significa dizer que aproximadamente a cada minuto cerca de uma mulher aborta no Brasil. Fonte: DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saude Coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 07/05/2019).



de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública.

(...) a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando ‘o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe’, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.”²⁷

A criminalização não logra cumprir sua precípua finalidade, mostrando-se inadequada, e relega as mulheres à clandestinidade e a procedimentos abortivos inseguros e arriscados, alimentando, assim, um mercado ilegal de clínicas e venda de medicamentos que se aproveita do sofrimento e do desespero destas mulheres para obter lucros.

Enquanto estudos recentes estimam que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros, e estão especialmente concentradas em países pobres²⁸, dados estatísticos de países em que são adotadas leis menos restritivas sobre o aborto ou que em sua prática é legalizada, em especial nos quais tais mudanças foram acompanhadas por uma implementação de políticas públicas voltadas à efetivação da justiça sexual e reprodutiva, demonstram que nestes países as taxas de aborto têm reduzido ao longo dos anos. Como bons exemplos desta realidade, destacam-se os casos da França, Albânia, Romênia e Portugal²⁹.

²⁷ Voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 09/05/2019.

²⁸ (SINGH, Susheela; DARROCH, Jacqueline E.; ASHFORD, Lori S. Adding it up: the costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014. New York: Guttmacher Institute, 2014. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/report/adding-it-costs-and-benefits-investing-sexual-and-reproductive-health-2014>>. Acesso em: 07/05/2019). (KASSEBAUM, Nicholas J. et al. Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013. *The Lancet*, v. 384, n. 9947, p. 980-1004, 2014. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(14\)60696-6/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60696-6/abstract)>. Acesso em: 07/05/2019). (SAY, Lale et al. Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis. *The Lancet Global Health*, v. 2, n. 6, p. e323–e333, 2014. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(14\)70227-X/abstract](http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(14)70227-X/abstract)>. Acesso em: 07/05/2019).

²⁹ Para maiores informações respectivamente sobre França, Albânia, Romênia e Portugal: (Mazuy Magali, Toulemon Laurent, Baril Élodie, «Le nombre d'IVG est stable, mais moins de femmes y ont recours», *Population*, 2014/3 (Vol. 69), p. 365-398. DOI: 10.3917/popu.1403.0365. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-population-2014-3-page-365.htm>); (Institute of Statistics, Institute of Public Health [Albania] and ICF Macro. 2010. Albania Demographic and Health Survey 2008-09 . Tirana, Albania: Institute of Statistics, Institute of Public Health and ICF Macro. Disponível em:



Demonstra-se, assim, que a taxa de abortamento é notadamente influenciada por políticas que promovem educação escolar sobre saúde sexual e reprodutiva, planejamento familiar, acesso amplo à informação e a meios contraceptivos modernos e eficazes, atenção integral do sistema de saúde frente à gestação indesejada e também após o aborto. São estas e várias outras medidas extensamente recomendadas por organismos internacionais, como o Comitê CEDAW em sua Recomendação Geral nº 24/1999 e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em sua Observação Geral nº 22/2016.

Resta evidente que são abundantes e eficazes as medidas extrapenais capazes de efetivamente tutelar o bem jurídico vida em potencial do feto/embrião e, simultaneamente, salvaguardar os direitos fundamentais das mulheres que a criminalização do aborto fere. Cabe ressaltar, ainda, que algumas destas medidas, como políticas públicas de prevenção, tratamento e distribuição de informação, são amplamente discutidas pela Autora da presente ADI.

Portanto, mesmo que a criminalização lograsse reprimir em alguma medida a prática do aborto, contrariando os dados existentes sobre o tema, ela não é a via menos lesiva para alcançar sua finalidade, sendo, assim, desnecessária no âmbito do teste de proporcionalidade. Além disso, constitui uma afronta ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal Brasileiro, que determina que a “criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”, e que, “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”.³⁰

<https://dhsprogram.com/pubs/pdf/fr230/fr230.pdf>); (Horga M, Gerdtts C, Potts M. Journal of Family Planning and Reproductive Health Care 2013, 39, 2–4. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a225/be70e2e3ab68fa02f678f7659e21bbce03f7.pdf> .); (“A grande maioria das mulheres escolhe um método contraceptivo depois da IVG, o que se constitui como um importante fator na diminuição/estabilização do número global de IVG realizadas. GABINETE DE ESTUDOS POLÍTICOS. Diagnóstico sobre implementação da legislação referente à Interrupção Voluntária da Gravidez. Lisboa, Portugal - 2014.) e também: (Sociedade Portuguesa de Contracepção: A interrupção da gravidez em Portugal. Disponível em: https://www.spdc.pt/files/publicacoes/A_interrupcao_de_gravidez_em_Portugal.pdf).

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 20ª edição, 2014. p. 53-54.



Quanto à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, realizando-se um balanço entre os benefícios causados pela criminalização em prol da tutela da vida em potencial do feto/embrião e os danos por ela causados aos direitos fundamentais das mulheres, é fácil observar o enorme desequilíbrio. Como já foi ponderado e demonstrado acima, as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização não são compensadas pela suposta proteção à vida em potencial do feto, mesmo porque esta proteção é mera ficção.

É impossível evitar por completo ocorrência de gestações indesejadas, mas é possível reduzi-las, bem como evitar a morte de mulheres em decorrência de procedimentos clandestinos de aborto inseguro, e a criminalização surge como um obstáculo à criação das políticas necessárias para tanto. Nesse contexto, torna-se ainda mais premente o reconhecimento da justificante do estado de necessidade à interrupção voluntária da gestação no caso das gestantes contaminadas pelo vírus Zika. Tal entendimento, se instaurado por esta Suprema Corte, representará mais um avanço em prol da efetivação e proteção dos direitos fundamentais das mulheres, na toada de decisões e legislações anteriores que vêm, progressivamente, construindo um novo paradigma de proteção à mulher no Brasil.

II.3. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PREVISTO PARA OS CASOS TRATADOS NA LEI 13.301/2016

A construção do direito à assistência social somente se desenvolveu no Brasil de modo institucional e amplo a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, momento em que foi descrita, em seu art. 194, *caput*, a assistência social como parte integrante da seguridade social, em paridade com direitos da saúde e da previdência. A norma constitucional especifica os sujeitos que devem ser alcançados pela assistência social em seu art. 203:

Art. 203. A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;



III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
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. (Constituição da República de 1988 – grifo nosso)

A partir do reconhecimento constitucional de tal direito fundamental, foi possível a promulgação da Lei Nº 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). A Lei Nº 8.742/93 regulamenta a matéria estabelecendo os objetivos, princípios e diretrizes da assistência social, bem como os critérios para sua organização institucional.

Dentre as medidas assistenciais da Lei Nº 8.742/93, está previsto, em seus artigos 20 e 21, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), como a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, a partir da devida comprovação de que não possuem meios para manutenção própria ou de tê-la provida pela família. O BPC corresponde ao benefício antevisto no art. 203, inciso V da Constituição, e também ao benefício garantido pela Lei Nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso. Diante das políticas públicas desenvolvidas a partir de tais normas, como a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o BPC foi regulamentado, ainda, pela Lei Nº 6.214/07.

Sendo assim, a concessão do BPC a pessoas com deficiência deve seguir, via de regra, as normativas da Constituição, da Lei Nº 8.742/93 (LOAS) e da Lei Nº 6.214/07, bem como as diretrizes materializadas na Política Nacional de Assistência Social.

Em 2016, em resposta à epidemia do vírus Zika e ao elevado número de recém-nascidos diagnosticados com microcefalia no Brasil, houve nova alteração quanto à concessão do BPC com a promulgação da Lei Nº 13.301/16. Esta Lei traz dispositivos sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde diante de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor dos vírus Dengue, Chikungunya e Zika. Dentre as medidas adotadas, a Lei Nº 13.301/16 especifica as condições para concessão do BPC para as crianças



portadoras de microcefalia, bem como os termos para recebimento do salário maternidade para as mães dessas crianças, como extraído:

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.

A partir dos dispositivos destacados, é possível notar que: a) as crianças portadoras da microcefalia decorrente da contaminação pelo vírus Zika fazem jus a usufruir do BPC somente temporariamente, pelo prazo máximo de três anos; b) o benefício somente será concedido após a cessação do gozo do salário maternidade, originado pelo nascimento da criança acometida por esse tipo de microcefalia.

Em outros termos, nos casos em que houver diagnóstico de microcefalia em decorrência da contaminação pelo vírus Zika, a mãe receberá, até que a criança complete seis meses de idade, apenas o valor do salário maternidade caso preencha os requisitos para fazer jus a essa prestação. No período entre os seis meses e os três anos de idade da criança, esta fará jus ao BPC, especificamente em razão da microcefalia causada pelo vírus Zika. Por fim, transcorrido o período de três anos, a criança ou sua família perderão o direito de usufruir do BPC e, para que retornem a receber a prestação, terão de fazer nova solicitação junto aos mecanismos da assistência social, passando por procedimentos a que já foram submetidos em momento anterior.

O disposto no art. 18 da Lei N° 11.303/16 foi incluído na Lei como uma medida de política assistencial para facilitar o acesso ao BPC para famílias hipossuficientes e afetadas pela epidemia do vírus Zika. Entretanto, contradizendo sua própria razão de ser, a lei traz algumas limitações que, na prática, são prejudiciais, pois dificultam o acesso da criança e de sua família ao benefício. Aqui, a legislação especial cria obstáculos que não condizem com a própria natureza do BPC, ao estabelecer o caráter temporário da prestação apenas para casos



específicos, definindo uma distinção da regra geral ao recebimento do benefício por pessoas com deficiência.

Tal especificação não somente é discriminatória, como também é contrária aos próprios princípios e diretrizes das políticas assistenciais do país. Nesse sentido, as previsões do art. 18 da Lei Nº 11.303/16 violam preceitos constitucionais básicos, como o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Serão expostos, adiante, os argumentos acerca da inconstitucionalidade do art. 18, caput, da referida Lei, uma vez que discrimina a criança portadora de microcefalia decorrente de contaminação do vírus Zika em relação às demais pessoas com deficiência. Ainda, demonstrar-se-á as violações decorrentes da limitação do acesso ao BPC para as mães que gozam de salário maternidade, sendo necessária a interpretação do art. 18, *caput* e do seu §2º em conformidade com a Constituição. Por fim, frisa-se a inconstitucionalidade de uma medida de política assistencial que resulta em maiores vulnerabilidades às famílias das crianças diagnosticadas com microcefalia.

II.3.i. DA RESTRIÇÃO DO BENEFÍCIO AO TEMPO MÁXIMO DE 03 ANOS (ART. 18, CAPUT, DA LEI 13.301/2016)

O art. 20 da Lei 8.742/93 é claro ao determinar quem são os beneficiários do BPC. Para que uma pessoa faça jus ao benefício, é necessário que seja idosa (com idade igual ou superior a 65 anos) ou portadora de deficiência, e que possa demonstrar a situação de miserabilidade e vulnerabilidade do núcleo familiar, conforme regulamentação. O que interessa para a presente argumentação é a segunda previsão, da pessoa com deficiência, que será estudada a seguir.

Considerando-se a definição de pessoa com deficiência do art. 20, §2º como *aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que enseje a obstrução da participação plena e efetiva da pessoa deficiente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*, é notório que a criança diagnosticada com



microcefalia corresponde à pessoa com deficiência, sendo seu quadro decorrente de contaminação pelo vírus Zika ou não. Assim sendo, essa criança, na condição de pessoa com deficiência, faria jus à previsão geral da Lei Nº 8.742/93, podendo ser favorecida com o benefício de prestação continuada, uma vez comprovada a sua situação de vulnerabilidade.

Como regra geral, a prestação do BPC somente é suspensa quando superadas as condições que inicialmente ensejaram a concessão do benefício, como previsto no art. 21, caput, §1º e §2º da Lei Nº 8.742/93 (LOAS). No caso da microcefalia, tratando-se de condição em que não é possível a cura, o benefício deveria ser concedido ininterruptamente (§1º), sendo apenas passível de revisão a cada 2 anos, para avaliar a permanência das condições socioeconômicas que resultaram na concessão inicial do benefício, sem implicar a cessação ou perda do direito à prestação durante o procedimento de revisão, procedimento que se aplica a todos os demais casos de pessoas com deficiência. O benefício somente é cancelado quando há alteração na situação socioeconômica da família beneficiada, fazendo com que esta deixe de preencher os requisitos para o recebimento, ou quando é constatada irregularidade em sua concessão ou utilização (§2º).

A distinção feita no *caput* do art. 18 da Lei Nº 11.303/16, na melhor das hipóteses, reafirma a condição de *pessoa com deficiência* da criança com microcefalia por contaminação do vírus Zika, ressaltando a necessidade de assistência governamental a essa parcela da população. Todavia, em uma lógica diametralmente oposta, estabelece limitação de tempo para gozo do benefício ao período de 3 anos, reduzindo o acesso da criança portadora dessa condição a um benefício que é oferecido sem tal restrição a demais pessoas com deficiência. A classificação do BPC como benefício meramente temporário não é imposta a idosos ou outras pessoas com deficiência que façam jus ao benefício, mas tão somente às crianças com microcefalia em decorrência do vírus Zika.

No caso em tela, observa-se que a criança com microcefalia pelo vírus Zika recebe um tratamento desigual e desqualificador, tendo seus direitos à assistência e seguridade social obstaculizados por uma política pública que teria por objetivo, justamente, dirimir obstáculos e facilitar o acesso à saúde e à dignidade da pessoa humana para essas crianças.



O art. 18, *caput*, da Lei Nº 11.303/16, portanto, se trata de uma normativa contrária aos próprios objetivos da assistência social instituídos constitucionalmente, especificamente aqueles expressos em seu art. 203, incisos I, II e IV: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. O referido dispositivo também é incompatível com as diretrizes sócio-assistenciais da Lei Nº 8.742/93 (LOAS), sendo a mais importante delas a igualdade de direitos no acesso ao atendimento, *sem discriminação de qualquer natureza* (art. 4º da referida Lei).

Finalmente, tal discriminação vai em direta oposição ao direito à igualdade (art. 5º, *caput*, CR/88), violando diretamente o princípio da não discriminação, que dele decorre. A não discriminação exige um reconhecimento da dinâmica das relações de poder responsáveis pela opressão de grupos historicamente marginalizados, determinando que, para promoção da igualdade no acesso a direitos básicos à vida digna, deve-se proibir a discriminação como uma ação que decorre justamente das diferenças desses grupos³¹. Este princípio demanda uma interpretação do direito à igualdade que extrapole seu aspecto meramente formal, de maneira a considerar criticamente os fatores que desigualam e colocam grupos e indivíduos em situação de vantagem ou desvantagem na sociedade.

Na presente discussão, o art. 18, *caput*, da Lei 11.303/16 deve ser interpretado a partir da noção crítica de que as famílias predominantemente afetadas pelo vírus Zika, que necessitam do BPC justamente devido à situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social, não devem, em hipótese alguma, ser discriminadas em relação às famílias dos demais portadores de deficiência, beneficiados pela regra geral de concessão do BPC. O tratamento diferenciado proposto pela Lei 11.303/16 somente pode ser aplicado em prol da redução das desigualdades já enfrentadas por essas famílias, e não de forma a acentuar tal desigualdade,

³¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?



impedindo que acessem o benefício social que lhes poderá proporcionar uma vida um pouco mais digna.

Neste ponto, importante frisar, finalmente, a violação ao próprio ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), que, como ensinado por Sarlet (2017), é a qualidade intrínseca a cada ser humano que o torna merecedor de respeito diante do Estado e da comunidade. Tanto a ordem constitucional quanto os direitos humanos se assentam no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como indissociável dos direitos fundamentais e da própria democracia³². Assim, o ordenamento jurídico brasileiro – e, nele incluída a Lei Nº 11.303/16 – deve ser interpretado a partir de tal princípio fundamental. No mesmo sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) afirma que a dignidade da pessoa humana irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, de forma que é exigido, do Estado e da comunidade, que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário³³.

Destaca-se, ainda, jurisprudência desta Suprema Corte quanto à aplicação de políticas públicas em consonância aos princípios constitucionais:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que **o princípio da dignidade da pessoa humana representa** - considerada a centralidade desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) - **significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País** e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.³⁴

Portanto, limitar o acesso ao BPC para as crianças diagnosticadas com a microcefalia em virtude de contaminação pelo vírus Zika significa agravar a situação de vulnerabilidade social em que já se encontram a maioria de suas famílias, impedindo-as de usufruir de um

³² SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed., Salvador: Juspodivm.

³⁴ STF. ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.



benefício essencial à sua subsistência, e, por consequência, incorrendo em violação a diversos direitos das crianças com microcefalia e de seus familiares. É um contrassenso desmedido que, uma vez cessados os três anos especificados pela Lei Nº 11.303/16, a criança tenha de buscá-lo novamente na política pública assistencial, quando poderia, como ocorre com os demais casos de deficiência, fazer gozo do BPC enquanto perdurasse sua situação de hipossuficiência e a deficiência – que, no caso da microcefalia, como já mencionado, não é reversível.

A imposição de que a família passe novamente por esses procedimentos a obriga a enfrentar a incerteza da concessão futura do benefício, submetendo-a a avaliações e procedimentos que não se desenvolvem de maneira célere, o que faz com que essas famílias fiquem desamparadas durante todo o processamento da nova solicitação.

Essa situação se torna mais grave quando são consideradas as condições socioeconômicas das famílias mais atingidas pelo vírus Zika, que se concentram em regiões nas quais é notória a dificuldade de acesso às redes de saúde e de assistência, bem como o acesso à informação esclarecida sobre seus direitos. Portanto, não seria surpreendente o cenário em que uma família acredite só ter direito ao benefício pelo período de 03 anos - seja por falta de informação ou por falha do serviço público em informar corretamente suas garantias, levando-a a deixar de pleitear novamente a prestação a que tem direito, causando-lhe grande dano social, econômico e de saúde, por conta de uma restrição inconstitucional imposta pela lei.

O benefício de prestação continuada, como benefício de cunho assistencial e como instrumento da política brasileira de assistência social, deveria ser concedido em obediência aos princípios previstos na Lei Nº 8.742/93, em respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios, bem como ao princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento, como descrito no art. 4º de referida Lei. Mais importante ainda, a concessão do benefício deveria seguir os preceitos sócio-assistenciais expressos no art. 203 da Constituição, levando-se em consideração a proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência e da velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a habilitação e



reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Resta evidente que, em prol da efetivação do princípio fundamental da igualdade e da dignidade da pessoa humana, deve ser o art. 18, *caput*, e §3º, interpretado conforme os preceitos constitucionais, de modo que o benefício de prestação continuada, já garantido às pessoas com deficiência, não seja limitado ao período de 3 anos quando o favorecido for uma criança com microcefalia em decorrência da contaminação pelo vírus Zika, ou uma criança com outras alterações neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. Deve ainda, ser considerada desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância, e que baste para a comprovação de seqüela neurológica a declaração ou atestado médico, dispensando-se a realização de perícia junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Destaca-se, na oportunidade, a adoção da Medida Provisória Nº 894 de 2019, publicada no Diário Oficial da União em 5 de setembro de 2019, que determina a instituição de *“pensão especial destinada a crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada”*, tendo a Medida determinado a vitaliciedade do BPC a **essas** crianças e revogado o art. 18 da Lei 11.301/16 completamente, inclusive seus incisos.

Sendo assim, resta demonstrada a inclinação dos poderes executivo e legislativo no sentido de assegurar os direitos das crianças e famílias afetadas pelo vírus Zika, razão pela qual devem ser reconhecidos os direitos peticionados na inicial.

II.3.ii. DA POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO CONCOMITANTE DO SALÁRIO-MATERNIDADE E DO BPC

O salário-maternidade, que se enquadra em um benefício previdenciário, tem por objetivo oferecer auxílio econômico a mulheres que se tornam mães. A prestação baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que as mães possam gozar de sua



maternidade de forma integral, tendo cuidados essenciais com o filho e afastando eventuais preocupações derivadas de relações empregatícias. A criação de um vínculo entre mãe e filho nos primeiros meses de vida é muito importante para o desenvolvimento da criança, além de influenciar a forma como a criança desenvolverá com suas relações afetivas.

Atualmente, o benefício abrange todas as seguradas da Previdência Social, salvo as que se encontram no período de carência, conforme a Lei nº 8.213/91. O artigo 71 desta mesma lei dispõe que “o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”. Ademais, a Lei nº 13.301/2016 estende o período de vigência do salário-maternidade para 180 dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, reconhecendo a maior necessidade de cuidado que essas crianças exigirão.

Contudo, apesar desse reconhecimento, a Lei nº 13.301/2016, em seu artigo 18, parágrafo segundo, deixou de afastar a norma que impede a cumulação do salário-maternidade com o benefício de prestação continuada, proibição essa que advém do artigo 20, parágrafo quarto, da Lei da Assistência Social (Lei nº 742/1993). Ao fazer isso, a Lei nº 13.301/2016 contraria sua própria finalidade, que é a de conferir maior proteção a essas crianças. O impedimento da concessão concomitante desses benefícios gera uma desigualdade material, uma vez que pessoas com microcefalia notoriamente necessitam de maiores recursos, sendo impossível igualar os gastos desses recém-nascidos com os daqueles que não possuem uma deficiência neurológica.

O salário-maternidade é um benefício concedido a todas as mulheres que se enquadram nos requisitos da lei da Assistência Social, independentemente das condições do nascimento ou características de seus filhos. O objetivo dessa prestação previdenciária é substituir o salário que a mãe receberia se não estivesse em licença-maternidade, não se tratando de uma remuneração extra salarial, mas sim da garantia de um direito trabalhista.



Do mesmo modo, é importante considerar que a renda familiar não se altera durante a concessão da licença-maternidade, portanto, uma família que se enquadra nos critérios de miserabilidade definidos pela lei e pela jurisprudência, faria jus ao BPC tanto durante o recebimento da prestação, quanto após a cessação desta. Assim, sob o aspecto econômico, não é possível inferir a incompatibilidade do benefício de prestação continuada com o salário-maternidade.

Dessa forma, embora possa servir ao sustento da mãe e de seu filho, o salário-maternidade é um direito da mulher, condicionado a critérios e requisitos que somente ela pode suprir. Lazzari (2012) menciona Ruprecht (1996) para defender que [se trata] “*de preservar sua função fisiológica no processo da criação, facilitar o cuidado dos filhos e a atenção à família, garantindo seus interesses profissionais e sua renda no mercado de trabalho, sem diminuir nem deteriorar sua condição feminina*”.

A prestação está diretamente relacionada à condição de mãe e ao vínculo laboral de uma mulher, sendo ela a própria destinatária desse benefício. Portanto, o salário-maternidade não se baseia na condição da criança, e não é ela a destinatária direta dessa prestação. O Benefício de Prestação Continuada, neste caso, entretanto, é uma prestação que seria destinada à criança, a partir de avaliações e critérios baseados em sua condição de deficiência. Portanto, não há que se falar em recebimento cumulado de dois benefícios, pois o salário-maternidade e o BPC têm finalidades e destinatários distintos.

A proibição de recebimento do BPC pelo recém-nascido enquanto a mãe ainda gozar de salário-maternidade, é contraditória, tendo em vista que a própria lei, ao ampliar a licença-maternidade (e, conseqüentemente, o tempo de concessão do salário-maternidade), reconhece a necessidade de maiores cuidados após o nascimento de crianças com microcefalia em decorrência da contaminação gestacional pelo vírus Zika. Esse reconhecimento abarca também a ideia de que o nascimento de um bebê com microcefalia é mais complexo e representa um desafio na vida de suas famílias. Assim, deveria o Estado reconhecer, também, que essas crianças demandam maiores gastos financeiros, principalmente nos meses iniciais de vida.



Dessa forma, por se tratar de caso excepcional, a legislação específica deveria tratá-lo como tal, permitindo à criança com microcefalia do vírus Zika gozar do BPC desde o início de sua vida, e não após a cessação do salário maternidade. Afinal, é evidente que o salário maternidade, um benefício atribuído a todas as mães trabalhadoras, não é suficiente para garantir às crianças portadoras de microcefalia condições dignas de vida, em igualdade com crianças que não possuem essa deficiência.

Para mais, o artigo 203 da Constituição Federal, que dispõe sobre a assistência social, fixa como objetivos a “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, a “habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” e 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”. Contudo, a proteção à maternidade e à infância não estariam plenamente garantidas diante da ausência dos recursos necessários para essa proteção. Da mesma forma, a vedação da concentração dos dois benefícios dificulta a habilitação e a promoção da criança deficiente à vida comunitária, uma vez que restringe os recursos a que ela teria direito para alcançar esses objetivos.

Assim, a legislação ordinária também fere gravemente a Constituição Federal ao estabelecer que, mesmo havendo comprovação de hipossuficiência, a concessão do benefício mensal de um salário mínimo à pessoa com deficiência não ocorrerá durante o tempo em que a mãe estiver gozando de seu direito ao salário-maternidade.

Ainda, quanto a análise relativa ao critério de miserabilidade do art. 20, §3º da LOAS, que somente permite a concessão do BPC a famílias que possuem renda per capita de até $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo, é necessário ressaltar que tal critério foi declarado inconstitucional sem decretação de nulidade, pelo Superior Tribunal Federal, no julgamento da Resolução 4374. Apesar de já ter sido objeto de anterior declaração de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes justificou a mudança de posicionamento considerando que a renda inferior a um quarto de salário mínimo por pessoa é uma presunção absoluta de miséria, mas que há outras formas de se comprovar a miséria, não sendo esse o único critério.



Trazendo essa discussão para o caso das mães de crianças com microcefalia decorrente do vírus Zika, observa-se que, mesmo recebendo o salário-maternidade, estas podem ser obrigadas a sobreviver com menos de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, ou em condição de miserabilidade demonstrada por outros meios, considerando os gastos com eventuais necessidades derivadas da microcefalia. Dessa forma, não é possível alegar que as mães que recebem o salário-maternidade, equivalente a um salário mínimo, não atenderiam os critérios de miserabilidade previstos na LOAS, uma vez que tais critérios foram flexibilizados pela jurisprudência.

Essa análise torna evidente a inconstitucionalidade da proibição de recebimento do BPC concomitantemente ao salário-maternidade, pois são plenamente possíveis os em que a família faria jus ao recebimento do BPC, visto que atenderia aos critérios de miserabilidade, porém seria impedida de gozar desse benefício em virtude da vedação formal da lei 13.301/2016. É necessário pontuar que a concentração dos dois auxílios pode ser essencial para a promoção da dignidade dessas famílias, considerando a realidade de hipossuficiência em que a maioria das famílias de crianças afetadas pelo vírus Zika se encontram.

Por conseguinte, frisa-se a importância do pedido de declaração de nulidade, com redução de texto, do § 2º, do artigo 18, da Lei Federal nº. 13.301/2016, para a garantia de direitos básicos de crianças com microcefalia em virtude da síndrome congênita do Zika Vírus.

III. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o **Centro Acadêmico Afonso Pena**, a **Divisão de Assistência Judiciária da UFMG** e a **Clínica de Direitos Humanos da UFMG** requerem sejam deferidos os seguintes pedidos:

- a. Sejam admitidos na qualidade de *amici curiae* nos autos da ADI 5581, nos termos do artigo 138 do Código de Processo Civil, para, deste modo, exercerem todas as faculdades inerentes a tal função, destacando-se a apresentação de memorial;



- b. Sejam intimados, por meio de suas advogadas, de todos os atos do processo;
- c. Seja a Requerente admitida para realizar sustentação oral em Plenário, nos termos do artigo 131, § 3º do Regimento Interno do STF, por ocasião da apreciação de mérito da presente ADI;
- d. Seja julgada integralmente procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tanto em seus pedidos de natureza liminar quanto nos pedidos definitivos

Nestes termos, pedem deferimento.

De Belo Horizonte/MG para Brasília/DF, 08 de outubro de 2019.

Camila Silva Nicácio

Coordenadora da CdH – UFMG

Renata Christiana Vieira Maia

OAB/MG nº 62.840

Coordenadora da DAJ – UFMG

Andressa Freitas Martins

OAB/MG nº 195.996

Advogada Orientadora da CdH – UFMG

Elisa Borges Matos

OAB/MG nº 196.122

Advogada Orientadora da CdH – UFMG

Vivian Frade Guedes

Estagiária Acadêmica da CdH - UFMG

Ana Carolina Marra de Andrade

Estagiária Acadêmica da CdH – UFMG

Ísis Alvim Machado Faria

Estagiária Acadêmica da CdH - UFMG

Marina Leite de Moura e Souza

Estagiária Acadêmica da CdH - UFMG



Carolina Januário

Estagiária Acadêmica CdH - UFMG

Bárbara Assenção da Silva Faria

Estagiária Acadêmica da CdH - UFMG

Vivian Carolina Rodrigues Lopes

OAB/MG nº191.931

Advogada Orientadora da CdH – UFMG

Lista de Documentos:

Doc. 01: Procuração

Doc. 02: Ata de Posse do Centro Acadêmico Afonso Pena

Doc. 03: Estatuto do Centro Acadêmico Afonso Pena

Doc. 04: Regimento da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG

Doc. 05: Documentos Comprobatórios de Aprovação do Programa Clínica de Direitos Humanos da UFMG