



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00466859/2019

Nota Técnica nº 18/2019-PFDC, de 7 de outubro de 2019.

Tema: Medida Provisória nº 894, de 4 de setembro de 2019 (Pensão especial a crianças com microcefalia decorrente de Zika vírus). Inconstitucionalidades.

Ref.: PA nº 1.00.000.021089/2019-19

EXCELENTÍSSIMOS SENHOR PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL,
SENHORAS E SENHORES DEPUTADOS FEDERAIS, SENADORES E SENADORAS.

I – A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 894/2019

A Medida Provisória nº 894, publicada em 5 de setembro de 2019, possui o seguinte teor:

Art. 1º Fica instituída 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.

§ 1º A pensão especial de que trata esta Medida Provisória será mensal, vitalícia e intransferível e terá o valor de um salário mínimo.

§ 2º A pensão especial não poderá ser acumulada com indenizações pagas pela União em razão de decisão judicial sobre os mesmos fatos ou com o Benefício de Prestação Continuada de que trata o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

§ 3º O reconhecimento da pensão especial ficará condicionado à desistência de ação judicial que tenha por objeto pedido idêntico sobre o qual versa o processo administrativo.

§ 4º A pensão especial será devida a partir do dia posterior à cessação do Benefício de Prestação Continuada ou dos benefícios referidos no § 2º, que não poderão ser acumulados com a pensão.

§ 5º A pensão especial não gerará direito a abono ou a pensão por morte.

Art. 2º O requerimento da pensão especial de que trata esta Medida Provisória será realizado no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Parágrafo único. Será realizado exame pericial por perito médico federal para constatar a relação entre a microcefalia e a contaminação pelo Zika Vírus.

Art. 3º As despesas decorrentes do disposto nesta Medida Provisória correrão à conta da programação orçamentária “Indenizações e Pensões Especiais de Responsabilidade da União”.

Art. 4º O INSS e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - Dataprev adotarão as medidas necessárias para a operacionalização da pensão especial de que trata esta Medida Provisória, no prazo de sessenta dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória.

Art. 5º Fica revogado o art. 18 da Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016.

Art. 6º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Como se exporá na presente nota técnica, a medida provisória em questão possui dispositivos que ofendem preceitos constitucionais.

II – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A infecção por Zika vírus tem como sintomas: dor de cabeça, febre baixa, dores leves nas articulações, manchas vermelhas pelo corpo, coceira e vermelhidão no olhos. Mas, caso adquirida por mulheres grávidas, pode causar a Síndrome Congênita do Zika vírus no feto, cujos estados mais graves revelam complicações neurológicas severas e microcefalia.

De acordo com o texto “Epidemia do Zika vírus e Microcefalia no Brasil: emergência, evolução e enfrentamento”, produzido pela pesquisadora Leila Posenato Garcia, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), entre o ano 2000 e 2014, foram registrados 2.464 nascidos vivos com microcefalia no Brasil, o que corresponde a uma média de 164 casos por ano. Em 2015, os casos registrados chegaram a 1.608, um aumento de nove vezes em relação à média dos cinco anos anteriores. Desses casos, 71% eram filhos de mães residentes na região nordeste; 51%, de mães com até 24 anos de idade; 77%, de mãe com cor da pele preta ou parda; e 27%, de mães com menos de oito anos de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

escolaridade. Esse perfil é indicativo de marcantes desigualdades sociodemográficas e geográficas na ocorrência da doença. Dados oficiais do Ministério da Saúde contabilizam 3.226 crianças nascidas entre 2015 e 2018 com alterações no crescimento e no desenvolvimento, possivelmente causadas pela Síndrome do Zika vírus¹. Mulheres negras, nordestinas, pobres e, em grande parte, abandonadas pelos companheiros, são o perfil mais comum das mães que enfrentam as necessidades de crianças acometidas pela referida moléstia².

A primeira medida concreta de enfrentamento à epidemia se deu com a edição da Portaria nº 3, de 11 de janeiro de 2016, do Ministério da Saúde, que criou Centros Colaboradores em processos de qualificação de profissionais para capacitá-los na identificação de casos suspeitos, no diagnóstico e no cuidado de crianças com microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika³.

Já a Lei 13.301, de 27 de junho de 2016, tratou de providências gerais de prevenção e enfrentamento à epidemia de dengue, chikungunya e zika, por meio de campanhas educativas, realização de visitas e atendimento nas Unidades Básicas de Saúde e dos Postos de Saúde e demais estruturas já existentes. Em seu art. 18 previu a concessão de benefício de prestação continuada temporário, por apenas 3 anos, às crianças vítimas de microcefalia em decorrência de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

Com a Medida Provisória nº 894/2019, foi instituída pensão vitalícia de caráter indenizatório, cuja importância é inegável, pelo reconhecimento do Estado brasileiro de que houve falha na prevenção de doenças causadas pelo mosquito *Aedes Aegypti*, dentre elas a Síndrome Congênita do Zika vírus.

¹ Epidemia do Zika vírus e Microcefalia no Brasil: emergência, evolução e enfrentamento. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8282/1/td_2368.pdf >. Acesso em 26 set. 2019.

² Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/resources/tdt-sh/zika_love_stories_brasil >. Acesso em 26 set. 2019.

³ Disponível em: < http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/sgtes/2016/prt0003_11_01_2016.html >. Acesso em 26 set. 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

III – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O art. 1º da Medida Provisória nº 894/2019 prevê que a pensão especial será destinada a crianças com “microcefalia decorrente do Zika vírus”. Tal preceito, ao restringir o universo de beneficiários da pensão somente às crianças com microcefalia, ofende o princípio da isonomia, pois nem todas as portadoras da Síndrome do Zika vírus desenvolvem a microcefalia propriamente dita. Isso não quer dizer que não sofram de outras má formações igualmente graves e incapacitantes, que exigem medicamentos de alto custo e fisioterapia especializada, insuportáveis para a maioria das famílias.

Ainda segundo o art. 1º da MP nº 894/2019, serão beneficiadas com a pensão as crianças “nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2018”. Ocorre, no entanto, que há crianças portadoras da doença que nasceram fora desse intervalo temporal.

É controverso o momento de ingresso do vírus da Zika no Brasil. Alguns estudos afirmam que a sua circulação começou entre agosto de 2013 e julho de 2014, sendo que os primeiros casos oficialmente identificados da doença ocorreram em abril de 2015⁴. Segundo estudo da Fiocruz, o Zika vírus é originário da Polinésia Francesa, migrou para a Oceania, depois para a Ilha de Páscoa, América Central e Caribe. Imigrantes ilegais do Haiti e militares brasileiros em missão de paz naquele país podem ter trazido o vírus para o Brasil no final de 2013⁵.

O primeiro estudo a isolar o DNA do Zika vírus em um feto foi realizado em uma mulher europeia que engravidou em fevereiro de 2015, durante o período em que

⁴ Disponível em < <https://portal.fiocruz.br/noticia/zika-circulacao-do-virus-comecou-meses-antes-da-deteccao-de-casos> >. Acesso em 24 set. 2019.

⁵ Disponível em: < <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-descobre-rota-da-chegada-do-virus-zika-ao-brasil> >. Acesso em 24 set. 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

morou no Estado do Rio Grande do Norte. As complicações no desenvolvimento da criança levaram à inviabilidade fetal e à antecipação do parto⁶.

De modo que, diante de controvérsias entre os cientistas quanto à data na qual o vírus começou a circular no Brasil, não é possível fixar-se um termo inicial, pois pode haver casos ainda não identificados que venham a ser revelados.

O mesmo raciocínio se aplica ao termo final de “31 de dezembro de 2018”, pois o último Boletim Epidemiológico nº 13, da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, confirmou 59 casos de gestantes contaminadas pelo Zika vírus em 2019⁷. Só em Pernambuco, duas crianças foram confirmadas com Síndrome do Zika vírus⁸ e, na Bahia, três⁹, o que revela a incongruência da data final para a concessão da pensão.

Em caso semelhante, a Lei nº 7.070/1982, ao estipular pensão indenizatória vitalícia às pessoas acometidas pela Síndrome da Talidomida, não impôs um interregno para o nascimento dos beneficiários.

A Constituição da República preconiza o tratamento isonômico aplicado a todos indistintamente (art. 5º, *caput*, da CR) e estabelece, dentre seus objetivos, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inc. IV).

Foi Cícero quem definiu conceitualmente o significado de *res publica*, pondo em relevo a coisa do povo, o bem comum, o interesse comum e, principalmente, a conformidade com a lei comum¹⁰.

⁶ Síndrome congênita pelo vírus Zika e achados de neuroimagem: o que sabemos até o momento? Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rb/v50n5/pt_0100-3984-rb-50-05-0314.pdf>. Acesso em 26 set. 2019.

⁷ Disponível em: <<https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/30/2019-013-Monitoramento-dos-casos-de-arboviroses-urbanas-transmitidas-pelo-Aedes-publicacao.pdf>>. Acesso em 26 set. 2019.

⁸ Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/3293a8_73a93b7eb8504341b2e44345c5c8ea7f.pdf Acesso: 18/09/18.

⁹ Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/2019-Boletim-Epidemiol%C3%B3gico-de-Microcefalia-e-outras-altera%C3%A7%C3%B5es-relacionadas-%C3%A0-infec%C3%A7%C3%A3o-pelo-Zika-v%C3%ADrus-e-outras-etilogias-infecciosas-n.-02.pdf> Acesso: 24/08/19.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Para Kant, uma Constituição, para ser definida como republicana, tem que atender aos seguintes requisitos: ter como princípio a liberdade de todos os seus membros, a sujeição de todos a uma legislação comum e que o princípio da isonomia prepondere entre todos os seus cidadãos¹¹.

Tais ideias força persistem na atualidade. Cármen Lúcia aponta como princípios constitucionais inerentes à República Democrática brasileira a dignidade da pessoa humana, a igualdade dos indivíduos, a moralidade e a responsabilidade públicas¹².

Em relação ao princípio da igualdade, o qual ora se aciona para a análise da discussão proposta, afirma: “a ruptura ou transgressão ao princípio constitucional da igualdade inviabiliza a forma republicana de governo”¹³.

Geraldo Ataliba reforça tal compreensão:

“Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *república*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao Estado – que criaram em rigorosa isonomia cidadã – poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade.”¹⁴

A pensão especial prevista na MP nº 894/2019 é providência exatamente tendente a restabelecer o princípio da igualdade, ofendido quando algumas crianças e suas

¹⁰ MATTEUCCI, Nicola. Vocábulo “República”. In “Dicionário de Política”, 2ª ed. Orgs. N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, pp. 1107-1108.

¹¹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 128.

¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e 'res publica' no Brasil*. In “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2. Direito Administrativo e Constitucional”. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 249.

¹³ *Id.*, p. 253.

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 160.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

famílias, por conta da negligência do Estado na prevenção e no tratamento da Síndrome do Zika vírus, passam a suportar um ônus infinitamente superior ao dos demais brasileiros e brasileiras.

Todavia, essa mesma exigência de igualdade impede que a MP em questão trate de forma diferente crianças vítimas da Síndrome do Zika vírus que, a despeito de não apresentarem microcefalia, possuem outros agravos severos, como a hidrocefalia e convulsões muito frequentes, para ficar apenas em alguns exemplos. Também essas crianças requerem cuidados muito especializados e de altíssimo custo. Tampouco faz sentido estabelecer intervalos temporais para a concessão da pensão especial, quando há incerteza do seu termo inicial e registros de casos posteriores ao prazo final definido no ato normativo em questão.

IV – CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O § 3º do art. 1º da MP nº 894/2019 estabelece que o reconhecimento da pensão fica condicionado à desistência de ação judicial que tenha o reconhecimento da Síndrome de Zika vírus como objeto.

O direito de acesso à prestação jurisdicional é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Sem a garantia efetiva de acesso à Justiça, a proclamação de todos os demais direitos tornar-se-ia mera peça retórica, pois o cidadão não teria como protegê-los diante da sua violação, sobretudo quando esta fosse perpetrada pelo próprio Estado. É nesse sentido que Canotilho afirma que o direito de acesso à Justiça configura um dos subprincípios em que se desdobra o princípio do Estado de Direito:

“‘Terceira dimensão do estado de direito’, ‘ pilar fundamental do estado de direito’, ‘coroamento do estado de direito’, são algumas das expressões



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

utilizadas para salientar a importância no estado de direito, da existência de uma.”¹⁵

Karl Larenz, na mesma linha, ressalta que a possibilidade de acesso pelo cidadão a órgãos independentes, para tutela de direitos contra o Estado, constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito:

“Um dos princípios fundamentais da construção do Estado de Direito é a concessão de uma ampla tutela jurídica. Com isso, não se quer indicar apenas a concessão de proteção aos cidadãos em suas relações entre si, que é algo que desde há séculos fazem os Estados, os senhores feudais, ou os municípios, mas, antes de tudo, a tutela jurídica dos cidadãos e das corporações diante dos atos de soberania estatal. Se no Estado de Direito todos os órgãos do Estado estão vinculados à lei e ao Direito, tem de existir uma última instância que decida com caráter definitivo sobre o que nesse Estado é Direito e o que não é. Se houvessem que decidi-lo as mesmas instâncias estatais que realizaram os atos de soberania, seriam juízes de seus próprios assuntos, o que manifestamente traria consigo o perigo de sua predisposição a favor de sua própria decisão e deixaria sem defesa o cidadão. Por isso, para que o Estado de Direito no “vire papel” e se verifique na prática cotidiana, é necessário o controle de todos os atos do Estado, que constituam ônus para os cidadãos, por tribunais que sejam independentes da instância cujo ato se deva revisar, que não possam receber nenhum tipo de instruções sobre o juízo que devem emitir e que decidam somente conforme a lei y ao Direito.”¹⁶

No Brasil, a tutela do direito de amplo acesso à justiça remonta à Constituição de 1946, primeira a prever explicitamente o princípio da indeclinabilidade de jurisdição. A Constituição de 1988, marco na reconstrução do Estado de Direito no país, atribuiu excepcional relevo ao direito ao acesso à Justiça, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF).

Diante desse quadro, é indubitável que normas legais que criam embaraços e obstáculos para o acesso à Justiça afrontam gravemente a Constituição. Na esteira deste entendimento, a doutrina vem enfatizando que, após o advento da Constituição de 1988,

¹⁵ Grifo no original. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1998, p.265

¹⁶ *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Ed. Civitas, 1993, p. 176.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

não mais subsiste a possibilidade de condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das instâncias administrativas, afora a excepcionalíssima hipótese, prevista na própria Carta Magna, concernente à Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, CF). Colha-se, a propósito, o magistério de André Ramos Tavares:

“Consequência direta do princípio é a não-aceitação da chamada instância administrativa forçada, ou jurisdição condicionada, por meio da qual era possível impor ao particular, que pretendesse discutir com a Administração, a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado este meio, lançar-se às vias judiciais. Isso era franqueado por força da Emenda Constitucional n. 7/77 à Constituição de 1.967/69. Dados os termos amplos em que é colocado o princípio atualmente, não há mais lugar para esse tipo de imposição, que cria, nas palavras de CELSO BASTOS, um 'contencioso completamente desfigurado’”¹⁷

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior:

“O art. 153, § 4º, segundo parte, da CF de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.1977, autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse ingressar com ação em juízo, funcionando como se fora uma condição de procedibilidade da ação civil que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem conhecimento do mérito por falta de interesse processual.

A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.”¹⁸

Do mesmo modo, o condicionamento do recebimento de pensão à renúncia à jurisdição – cujos objetivos podem ser vários, inclusive fornecimento de medicamento de alto custo – representa severa restrição a uma faculdade consagrada em sede constitucional.

Em conclusão, a Constituição veda a previsão em lei de matérias não judicializáveis: “é que a garantia de tutela jurisdicional não seria tão ampla, ou mesmo teria

¹⁷ *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 479

¹⁸ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 1ª ed., São Paulo: Ed. RT, p. 92.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

efetividade, caso o legislador pudesse definir matérias que não podem ser questionadas perante o Poder Judiciário”¹⁹.

V – POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO COM OUTROS BENEFÍCIOS

O art. 203, V, da Constituição Federal garante um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência, “conforme dispuser a lei”. Ao regulamentar referido dispositivo constitucional, o art. 20 da Lei nº 8.742/1993, com a redação conferida pela Lei 12.435/2011, concede o benefício de prestação continuada (BPC) aos deficientes “que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”.

As crianças acometidas por microcefalia em decorrência da Síndrome do Zika vírus, cujas famílias comprovaram hipossuficiência econômica, vinham recebendo o BPC temporário, previsto no art. 18 da Lei 13.301/2016:

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*.

A Medida Provisória nº 894/2019 concede pensão especial, de caráter indenizatório, às crianças acometidas pela microcefalia em decorrente do Zika vírus em substituição ao benefício de prestação continuada e proíbe que com ele seja acumulada (art. 1º, § 4º). E, em seu art. 5º, revoga o art. 18 da Lei nº 13.301/2016.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, XXXV. In: Canotilho, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 849.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

O art. 1º, *caput*, determina que as crianças que perceberão a pensão especial são aquelas “beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada”, e o § 4º do art. 1º determina que a “pensão especial será devida a partir do dia posterior à cessação do Benefício de Prestação Continuada”. Ao assim dispôr, a medida provisória prevê, na verdade, mera substituição do benefício pela pensão, além do que, crianças que hoje não recebem o BPC, inclusive por falhas no sistema, continuariam a não recebê-lo, agora sob a forma de pensão.

Se a pensão especial tem cunho indenizatório e, portanto, é medida que tem em conta a negligência estatal e se propõe a superar o quadro de desigualdade por ela gerado, ela deve alcançar todas as crianças portadoras de referida moléstia, independentemente da situação financeira da família respectiva. Sua natureza, insista-se, é absolutamente distinta do BPC, de caráter assistencial, e não o substitui.

VI – PEDIDO

Pelo exposto, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão submete essas considerações ao Parlamento brasileiro, para eventual subsídio na análise da MP nº 894/2019.

Brasília, 7 de outubro de 2019.

DEBORAH DUPRAT
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão