

» **ARTIGOS****1. MINISTÉRIO PÚBLICO, DIREITO À QUALIDADE DE VIDA E ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA****PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE, RIGHT TO QUALITY OF LIFE AND CONTEMPORARY ASPECTS OF PUBLIC HEALTH CRIMINAL LAW**Rafael de Oliveira Costa<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo atenta para a necessidade de atuação do Ministério Público voltada para a garantia do direito à qualidade de vida. Trata-se de trabalho que, ao utilizar raciocínio *hipotético-dedutivo* e dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), ressalta a importância da adoção de iniciativas inovadoras na tutela penal da saúde pública, perpassando por temas como o “direito a não sentir dor”, a biossegurança, o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), as tendências político-criminais em relação ao uso de drogas, o crime de tráfico de pessoas com a finalidade de comércio de órgãos, a mistanásia e as inovações trazidas pela Lei nº 13.427/2017.

**ABSTRACT:** *This study examines Prosecutors' role in guaranteeing the right to quality of life as a corollary of criminal protection of public health. Drawing from hypothetical-deductive reasoning and using primary (judgments and laws) and secondary nature data (doctrinal understandings), it emphasizes the importance of adopting innovative initiatives that allow the improvement of services offered to society. By analyzing the “right not to feel pain”, biosafety, the crime of*

*discrimination against human immunodeficiency virus (HIV), political-criminal trends in drug use, the crime of people trafficking for the purpose trade of organs, “mistanásia” and the innovations brought by Federal Law nº 13.427/2017, it concludes that Prosecutors have to present themselves as an way for the construction of a society that focus human life and evolution.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Penal da Saúde Pública; Direito à Qualidade de Vida; Poder-dever de inovar do Ministério Público.

**KEYWORDS:** Public Health; Right to Quality of Life; Prosecutors' power-duty to innovate.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do Direito à Qualidade de Vida e a Tutela da Saúde Pública; 3. Da Tutela Penal da Saúde Pública; 4. Da Tutela Penal da Saúde Pública no Direito Comparado; 5. Da Tutela Penal da Saúde Pública no Projeto do Novo Código Penal; 6. Da atuação do Ministério Público na Tutela Penal da Saúde Pública; 6.1. Do Direito a Não Sentir Dor; 6.2. Biossegurança e Tutela Penal da Saúde Pública; 6.3. Do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV); 6.4. Tendências político-criminais em relação ao uso de drogas; 6.5. A Lei nº 9.434/97 e o Tráfico de Pessoas com a Finalidade de Comércio de Órgãos; 6.6. Mistanásia ou eutanásia social; 6.7. Serviços públicos de saúde, serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde e o atendimento público específico e especializado às mulheres e às vítimas de violência doméstica em geral; 7. Conclusões.

**Introdução**

A pessoa humana não é coisa ou objeto, mas uma unidade de corpo, alma e espírito que interage com o mundo que a rodeia, com os outros seres humanos e com a sua própria individualidade, buscando sua permanente evolução.<sup>2</sup> Para dizer de outro modo, a pessoa humana não apenas compreende os fatos a partir de seus horizontes, mas faz parte deles. “É neste possuir mundo que o ser humano é transexistencial”<sup>3</sup>: cada ser humano é, a um só tempo, os “muitos seres” que o existir permite. A dignidade humana resulta “[...] dessa possibilidade de uma existência pluridimensional e em

1 Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley (EUA). Professor na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor em cursos preparatórios para concursos públicos e na Universidade Anhanguera. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela Universidade de Wisconsin (EUA) / UFMG. Revisor de periódicos, incluindo o Athens Journal of Law.

2 Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

3 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 168.

transição; uma existência plúrima em potencialidades, ainda que finita”.<sup>4</sup> Finitude (morte), esta, que não desconsidera a condição humana como ser em constante construção.<sup>5</sup>

Nesse liame, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade permite a cada um escolher o seu modo de vida, sem a intervenção de outrem ou do Estado. Trata-se, em verdade, de expressão da liberdade e que apresenta um aspecto positivo – liberdade de agir – e um negativo – não interferência na vida alheia.<sup>6</sup> Nesse sentido, o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) dispõe que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à realização dos direitos individuais, econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Dentre as diversas manifestações do livre desenvolvimento da personalidade, interessa neste trabalho o direito à qualidade de vida. Trata-se de decorrência da dignidade da pessoa humana e que abrange cinco esferas: vida física, espiritual, emocional, social e intelectual da pessoa.

O direito à qualidade de vida tutela, de modo geral, a liberdade de o indivíduo exercer a sua autonomia ampla de escolha em busca da realização pessoal. Isso porque a qualidade de vida é reflexo da forma como a pessoa realiza a sua missão no mundo e exerce a sua liberdade.

Com efeito, a qualidade de vida é reflexo não só do modo como percebemos e experimentamos o mundo, mas também da formação de objetivos, no relacionamento com outros seres e na construção do sentido do “Eu”. Mente e corpo estão intimamente conectados em uma busca permanente pelo equilíbrio espiritual, emocional, social e intelectual da pessoa. Em outras palavras, trata-se de garantir a cada pessoa humana a liberdade de vivenciar com qualidade o existir em sua plenitude.

Não se confunde, portanto, com o mínimo existencial, ou seja, com o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Ao contrário, o direito à qualidade de vida mira sempre o desejado e, não, um mínimo de garantias.<sup>7</sup>

Assim, partindo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da necessidade de se tutelar a dignidade da pessoa humana e o fato de que o rol de direitos fundamentais apresentado pela Constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (artigo 5º, § 2º), não se pode ignorar a existência do “direito à qualidade de vida”, cerne do direito à liberdade, ainda fundado em um campo inexplorado, que tangencia o direito de cada um de determinar a própria existência.

Fixadas essas premissas, pode-se dizer que o direito à qualidade de vida é dotado de um aspecto negativo e um aspecto positivo. O aspecto negativo se refere ao direito à autonomia, à dignidade e à liberdade, porque exige essencialmente que o governo ou outros atores sociais se abstenham de intervir em escolhas pessoais na busca da qualidade.<sup>8</sup> De outro modo, o direito à qualidade de vida também possui um aspecto positivo: o ordenamento jurídico deve garantir condições e oportunidades a todas as pessoas para que possam gozar de uma vida digna e de qualidade. Exemplificativamente, a pessoa pode escolher entre adquirir uma casa ou alugá-la, sem que o Estado intervenha nessa escolha, mas, de qualquer modo, deve ter condições mínimas para poder exercer o seu direito à habitação com qualidade (artigo 6º, da Constituição).

Devidamente assentadas as premissas básicas do direito à qualidade de vida, passemos a analisar a sua relação intrínseca com a tutela da saúde pública.

## Do Direito à Qualidade de Vida e à Tutela da Saúde Pública

Considerando as várias as manifestações do direito à qualidade de vida, uma vez que abrange todas as esferas do ser – tais como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a liberdade e a igualdade –, com o intuito de evitar uma abordagem superficial do tema, faremos um recorte epistemológico neste trabalho. Nosso foco será a tutela da saúde pública, mais especificamente no que diz respeito aos seus aspectos penais, visto tratar-se de aspecto basilar na busca pela qualidade de vida.

<sup>8</sup> Exemplo interessante nesse sentido, conforme ficará claro mais à frente neste trabalho, é a figura da ortotanásia.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição Juridicamente Adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 13.

<sup>5</sup> Cf. OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição Juridicamente Adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

<sup>6</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Editora Coimbra, 1999.

<sup>7</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Mas o que é saúde? O termo saúde deita raiz etimológica no latim *salus*, que significa aquilo que está intacto, íntegro, com “as funções orgânicas regulares”. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua a saúde como “Estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.<sup>9</sup>

No âmbito constitucional, dispõe o artigo 6º, da Carta Magna, que:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A previsão expressa da saúde reforça a exigibilidade desse direito, seja perante a Administração Pública, seja perante o Judiciário. Trata-se de autêntico direito social, que não pode ficar destituído de eficácia. Complementando essa ideia, o artigo 196, da Constituição, dispõe expressamente que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o direito à saúde abrange dois aspectos principais: 1) a saúde enquanto valor individual; e 2) a saúde enquanto valor da comunidade. A saúde individual está diretamente relacionada com “equilíbrio funcional do organismo”<sup>10</sup>, ou seja, com a tutela de bem jurídico individual. De outro modo, a saúde pública está atrelada à “normalidade física, mental e orgânica de um número indeterminado de pessoas”.<sup>11</sup>

A partir dessa distinção, pode-se concluir que a saúde pública configura “mais” do que a soma das saúdes individuais. Isso porque tutela autêntico bem jurídico coletivo de titularidade da coletividade, não havendo partes referíveis a cada indivíduo.

Nesse sentido, pode-se inclusive questionar a abrangência da proteção à saúde pública. Em outras palavras, tutela-se somente a saúde humana ou também a saúde animal? Sobre o tema, existem

duas correntes. A concepção antropocêntrica sustenta que a saúde pública tutela apenas a esfera humana. Consequentemente, os tipos previstos no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública) do Título VIII da Parte Especial do Código Penal (Dos crimes contra a incolumidade pública) não visam à proteção coletiva ou individual da saúde animal, isto é, não abrangem as ações nocivas à saúde dos animais. É a posição majoritária.<sup>12</sup> De modo diverso, temos um segundo entendimento que advoga exegese ampliada do conceito de saúde pública. Adotando uma concepção biocêntrica, essa posição sustenta que a tutela da saúde pública deve abranger também a saúde animal, visto que indispensável e diretamente relacionada com a tutela da saúde dos homens.

Independentemente da posição adotada, importa atentar para o fato de que a expressão saúde pública tem abrangência ampla, abarcando não só 1) a constitucional garantia ao socorro médico de qualidade, sem danos aos particulares (aspecto “corretivo”), mas também, 2) o combate ao perigo de dano à saúde humana (aspecto preventivo), tal como sói acontecer com a expressa tipificação do crime de poluição pelo artigo 54, da Lei nº 9.605/98:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Diante da tutela constitucional do bem jurídico saúde, deve o Poder Público velar, de maneira responsável, pela formulação e implantação de políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, médico-hospitalar e à alimentação adequada. Um Estado que se propõe democrático deve criar condições que permitam e favoreçam a qualidade de vida, o que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva.

Assim como ocorre com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o caráter programático das normas mencionadas não se pode converter em promessas vãs, sob pena de o Poder Público, fraudando as expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever por um gesto irresponsável de infidelidade constitucional.<sup>13</sup>

9 Organização Mundial da Saúde (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 06/05/2018.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - Parte especial*: arts. 235 a 361 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 87.

11 JESUS, Damásio E. *Direito penal*: Parte especial. v. 3. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

12 Cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. In: ARANHA, Márcio Iório (org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

13 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Eis aí um campo amplo para atuação do Ministério Público na tutela da qualidade de vida, que tem como corolário a efetividade ao direito à saúde, e que passará a ser explorado com mais vagar nos próximos tópicos deste trabalho, com foco especial no aspecto criminal.<sup>14</sup>

## Da Tutela Penal da Saúde Pública

Na história da humanidade, os riscos sempre existiram, porém, em grau e extensão diferentes. Em um primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar coletividades; por fim, na contemporaneidade, os riscos atingem toda a sociedade.<sup>15</sup> A essa expansão dos riscos e seus efeitos na sociedade convencionou-se chamar de “sociedade de risco” (do alemão *Weltrisikogesellschaft*), caracterizada pelo intenso desenvolvimento tecnológico, imperceptibilidade aos sentidos e afetação da sociedade em seu conjunto, sem distinção de classes.<sup>16</sup>

No campo do Direito Penal, inúmeros são os efeitos provocados pela “sociedade de risco”.

Em primeiro lugar, temos a introdução de novos delitos, especialmente, em hipóteses derivadas do progresso técnico e científico, como a informática, a tecnologia genética e a biotecnologia aplicadas em campos relacionados à saúde, à qualidade de vida e às condições de existência e evolução humana.<sup>17</sup>

Em segundo lugar, temos a busca pela ampliação da força persecutória e da persecução criminal, de modo a combater as novas condutas criminosas que vêm surgindo como decorrência do desenvolvimento tecnológico (ex. novas modalidades de tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo).

Em terceiro lugar, pode-se mencionar a necessidade de tutela de bens jurídicos coletivos. Nesse liame, seja pela versatilidade, seja pela abrangência, é interessante destacar a classificação proposta por Smanio<sup>18</sup>, que divide os bens jurídico-penais em três categorias, quais sejam, individuais, coletivos e difusos. Vejamos:

a) Bens jurídico-penais de natureza individual (homogêneos ou não homogêneos): dizem respeito aos indivíduos, os quais têm disponibilidade sobre os mesmos (ex. integridade física, a propriedade, a honra, etc);

b) Bens jurídico-penais de natureza coletiva: dizem respeito à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sobre os mesmos (ex. tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc);

c) Bens jurídico-penais de natureza difusa: também dizem respeito à sociedade, são indivisíveis em relação aos titulares e os indivíduos não têm disponibilidade. Apresentam, portanto, características próprias e que podem ser assim sintetizadas: a) titularidade partilhada (crimes vagos); b) indisponibilidade; c) indivisibilidade; e d) natureza sócio-conflituosa.<sup>19</sup>

A tutela penal da saúde se manifesta em todas as três categorias. Na tutela de bem jurídico *individual*, pode-se mencionar o crime de aborto. De outro modo, na defesa de bem jurídico *coletivo*, pode-se mencionar o delito de omissão de notificação compulsória de doença (artigo 269, do CP). Por fim, a proteção de bem jurídico *difuso*, isto é, com clara “dimensão social”, pode ser vista por meio da criminalização da conduta de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, do CP).

18 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*, São Paulo: Justitia, jul-dez 2007.

19 “Assim, propomos uma tríplex classificação dos bens jurídico-penais: a) Primeiramente, os bens jurídico-penais de natureza individual, que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos como exemplo a vida, a integridade física, a propriedade, a honra, etc. b) Os bens jurídico-penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa maneira, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc; c) Os bens jurídico-penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na *proteção das relações de consumo*, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a *proteção da saúde pública*, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a *proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.*” (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*, São Paulo: Justitia, jul-dez 2007, p. 216-217).

14 Sobre o tema, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 32, da Lei nº 9.656/98, encampando o “ressarcimento ao SUS”, ou seja, a obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituírem eventuais despesas assumidas pelo SUS no atendimento de clientes dos planos (STF. Plenário. RE 597064/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/2/2018).

15 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

16 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

17 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

Contudo, essa nova forma de entender a ordem social, baseada na concepção de sociedade de risco, traz consigo também alguns questionamentos: as modificações legislativas que veem ocorrendo não seriam o exercício da função simbólica do Direito Penal, ou seja, a lei nasce sem qualquer eficácia social? O Código Penal é o meio adequado para promover políticas públicas?

Entende-se que a resposta é afirmativa para a primeira e negativa para a segunda questão. Não só grande parte das novas leis aprovadas tem efeito meramente simbólico na sociedade, mas também o Código Penal tem sido utilizado, de forma oblíqua, para a promoção de políticas públicas.

Mas isso ocorre apenas em *terrae brasiliis*? Para responder a esse questionamento, passemos a uma breve análise da tutela penal da saúde pública no âmbito do Direito Comparado.

## Da Tutela Penal da Saúde Pública no Direito Comparado

No âmbito do Direito Comparado, inúmeras são as manifestações da tutela da saúde pública na esfera criminal.

A título de exemplo, o Código Penal Francês estabelece, em seu artigo 511-1, o crime de “Retirada de Células Tronco para fins de Clonagem”, que tipifica “A retirada de células com o objetivo de provocar o nascimento de uma criança geneticamente idêntica a outra pessoa viva ou falecida”, sendo a conduta punida com pena de prisão de 10 anos e multa de €150,000.

Na Croácia, o crime de “Tratamento Médico Não Autorizado” vem previsto no artigo 241, (1), do Código Penal, punindo a conduta daquele “que tratar uma pessoa sem o seu consentimento” com multa de até 150 vezes o seu ganho diário ou pena de prisão que não exceda a 06 meses.

Em seu artigo 242, (1), o Código Penal Croata prevê também o crime de “Transplante Ilícito de Partes do Corpo Humano”, punindo todo “Aquele que, com justificativa médica, remover para transplante partes do corpo humano com o consentimento do doador ou de terceiro, mas, sem justificativa médica, efetuar o transplante em outrem, será punido com multa ou prisão de, no máximo, 03 anos”.

Na Alemanha, o “Uso Indevido de Radiação Ionizante” responsabiliza que “Aquele que, com a intenção de causar dano à saúde de outrem, submeter alguém à exposição de radiação ionizante, será punido com pena de 01 a 10 anos de prisão”.

Assim, não resta dúvida de que os ordenamentos estrangeiros emprestam especial atenção à tutela penal da saúde pública, podendo contribuir para o aprimoramento do tratamento da matéria em âmbito interno, especialmente, diante do fato de que atualmente se encontra em discussão no Congresso Nacional Projeto de Novo Código Penal.

## Da Tutela Penal da Saúde Pública no Projeto do Novo Código Penal

Tradicionalmente, o legislador adotou três técnicas na definição dos crimes contra a saúde pública:<sup>20</sup>

1) Normas penais em branco: o capítulo dos crimes contra a saúde pública do Código Penal abriga quatro casos de normas penais em branco: infração de medida sanitária preventiva (art. 268), omissão de notificação de doença (art. 269), emprego de processo proibido ou de substância não permitida (art. 274) e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282).

2) Criminalização de condutas de perigo;

3) Qualificação pelo resultado: utilização frequente da forma culposa - arts. 267, 270, 271, 272, 273, 278 e 280, do Código Penal - e da forma preterdolosa - todos os crimes do capítulo do Código Penal referente à Saúde Pública, salvo quanto ao art. 267, do CP).

O Projeto de Novo Código Penal não destoa dessa realidade, apresentando, contudo, significativas inovações.

Em primeiro lugar, a proposta atual não só reduz de forma geral as penas para os crimes previstos atualmente na Lei de Drogas, como também descriminaliza o uso de drogas e o plantio para

---

20 Cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.



consumo, salvo no que concerne às imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes.<sup>21</sup>

O Projeto também amplia as hipóteses de exclusão do crime de aborto, passando a abranger a gravidez resultante do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, a comprovada anencefalia, quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina e a retirada até a décima segunda semana de gestação.<sup>22</sup> Ressalte-se que, atualmente, o STF tem entendido que a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocada pela própria gestante (art. 124) ou com o seu consentimento (art. 126), não é crime, uma vez que viola direitos fundamentais da mulher (autonomia, integridade física e psíquica, igualdade de gênero, direitos sexuais e reprodutivos), bem como o princípio da proporcionalidade.<sup>23</sup> Assim, o aborto é atualmente permitido nas seguintes situações: 1ª) Se não há outro meio para salvar a vida da gestante (artigo 128, I, do CP - aborto “necessário” ou “terapêutico”). 2ª) No caso de gravidez resultante de estupro (artigo 128, II, do CP - aborto “humanitário”, “sentimental”). 3ª) Interrupção da gravidez de feto anencefálico<sup>24</sup>; e 4ª) Interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação.<sup>25</sup>

21 Art. 221 - *Aquele que usar ostensivamente droga em locais públicos, nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes, ou na presença destes, será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*

22 Art. 128 - *Não há crime de aborto: I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.*

23 “DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade [...] 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.” (STF. 1ª Turma. HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016 - Info 849).

24 STF - ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12/4/2012.

25 STF - HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016.

Em relação à eutanásia, o art. 122 do Projeto regulamenta expressamente a matéria, reduzindo a pena quando a vítima for paciente em estado terminal, imputável e maior.<sup>26</sup>

O Projeto também prevê expressamente o crime de “ortotanásia”. Veja-se:

Art. 122, § 2º - Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Não bastasse, também reduz a pena cominada ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, estabelecendo um mínimo de quatro e um máximo de doze anos.<sup>27</sup>

Por fim, o novo diploma criminaliza a inobservância de condições ou normas técnicas, conduta não prevista no atual artigo 273, § 1º, do Código Penal.<sup>28</sup>

De forma geral, embora o Projeto de Novo Código Penal proporcione alguns avanços, não atentou, até a presente redação, para diversas críticas trazidas pela doutrina contemporânea, especialmente para a necessidade de criminalização de condutas atreladas ao avanço tecnológico e à proteção do patrimônio genético e da biodiversidade. A título de exemplo, o projeto nada menciona acerca da “sexagem fetal”, ou seja, da conduta de escolha do sexo do bebê, seja no sentido de criminalizá-la, seja no de afastar expressamente a responsabilidade do agente.

Contudo, em não sendo objeto deste estudo realizar uma abordagem aprofundada do Projeto do Novo Código Penal, passemos à análise dos mais relevantes aspectos relacionados à atuação do Ministério Público na Tutela Penal da Saúde Pública.

26 Art. 122 - *Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.*

27 Art. 231. *Falsificar, corromper, adulterar ou alterar medicamento, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, matéria prima, insumo farmacêutico ou de uso diagnóstico: Pena – prisão, de quatro a doze anos.*

28 Art. 232. *Importar para a venda, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo produto medicinal ou destinado a fins terapêuticos, matéria-prima, insumo farmacêutico ou de uso em diagnóstico, em qualquer das seguintes condições: I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ou V – de procedência ignorada; Pena – prisão, de dois a seis anos.*

## Da atuação do Ministério Público na Tutela Penal da Saúde Pública

O Membro do Ministério Público precisa estar preparado para atuar com as mais diversas situações que têm se apresentado na prática em relação à tutela penal da saúde pública. Para tanto, deve utilizar de forma eficiente e “estratégica” os instrumentos e métodos de investigação, bem como os recursos extrajudiciais e judiciais disponíveis, visando à prevenção e à tempestiva correção dos danos causados pelos delitos.<sup>29</sup>

Ademais, deve evitar conferir finalidades que considere “adequadas” ao combate de determinado crime, de forma isolada e individual, em prol da atuação uniforme da instituição.<sup>30</sup>

Para tanto, deve promover um conjunto de programas e de ações articuladas em rede, buscando garantir eficácia ao direito à qualidade de vida. Deve também incentivar o autoconhecimento, o desenvolvimento integral do ser e de suas múltiplas necessidades, de modo a permitir o fortalecimento da busca pela qualidade de vida.

Tomando como base essas premissas, passemos à análise de tópicos que reputamos relevantes relacionados à atuação da Instituição na tutela penal da saúde pública e para os quais não tem sido conferida a devida atenção pela doutrina, ressaltando que não temos a pretensão de esgotá-los, mas apenas atentar para importância dos mesmos na concretização do direito à qualidade de vida.

### Do Direito a Não Sentir Dor<sup>31</sup>

O que é dor? Segundo a *International Association for the Study of Pain*, trata-se de “uma experiência sensorial e emocional desagradável associada com dano a tecidos corporais, real ou potencial, ou descrita em termos desse dano”.<sup>32</sup>

Tradicionalmente, a dor é classificada quanto a sua intensidade em três categorias: a) transitória - a passageira dor de um esbarão ou da perfuração de uma agulha; b) aguda - dor intensa, provocada por uma lesão grave, mas que cessa conforme se estabelece o processo de cura; c) crônica - dor intensa, que se prolonga por período superior ao necessário para a cura da lesão que a produziu.<sup>33</sup>

Partindo desses pressupostos, Silva sustenta a existência de um “direito a não sentir dor”, adotando como fundamentos o artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); o artigo 5º, *caput* e inciso III (direito à vida e a proibição de submissão a tratamento cruel e desumano); e o artigo 196 (direito à saúde), todos da Constituição.<sup>34</sup>

Com efeito, trata-se de direito que apresenta simultaneamente uma dimensão negativa e uma positiva. A dimensão negativa proíbe a omissão do Estado diante da dor física e do sofrimento do paciente. A dimensão positiva do direito a não sentir dor impõe a adoção de políticas públicas e de ações estatais que favoreçam a atenuação do sofrimento humano em todas as suas formas.<sup>35</sup>

A dificuldade está, contudo, em traçar os limites ao direito a não sentir dor. Embora inexista resposta definitiva para esse questionamento, o consentimento informado é indispensável para se estabelecer “até que ponto a pessoa pode sentir dor”. Em outras palavras, a pessoa pode sentir dor desde que consinta; quando o sujeito já não deseja mais sentir dor, devem-lhe ser oferecidos os meios para eliminar ou atenuar esta experiência.<sup>36</sup>

Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade de aplicação de sobredosagem de medicamentos para a dor quando o paciente se encontra em estado terminal, ainda que acarrete, como efeito colateral, a abreviação da sobrevivência. Nesses casos, a conduta do agente está devidamente justificada? Segundo Silva, a resposta é positiva, desde que observados dois parâmetros: A) o médico não

29 BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

30 Cf. COSTA, Rafael de Oliveira. Do Futuro do Ministério Público: Efetividade de Políticas Públicas e Litígio Estratégico no Processo Coletivo. In: Renato Kim Barbosa. (Org.). *O Futuro do Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2017, p. 08-20.

31 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

32 MERSKEY, Harold. BOGDUK, Noah. *Classification of chronic pain - descriptions of chronic pain syndromes and definitions of pain terms*. Seattle: International Association for the Study of Pain Press, 1994.

33 MERSKEY, Harold. BOGDUK, Noah. *Classification of chronic pain - descriptions of chronic pain syndromes and definitions of pain terms*. Seattle: International Association for the Study of Pain Press, 1994.

34 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

35 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

36 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

ministre sobredose para produzir, voluntariamente, o óbito; e B) embora a dose de medicamento reduza a expectativa de vida do paciente terminal, não venha a matá-lo.<sup>37</sup>

Na atuação prática de Membros do Ministério Público na seara criminal, o direito a não sentir dor justifica não só o aborto de fetos anencefálicos, mas também serve de fundamento para o combate à tortura, para o direito de acesso do paciente a tratamentos restritos ou proibidos (ex. tratamento com “maconha”, de modo a garantir proteção ao paciente submetido à dor crônica) e a tratamentos paliativos (tal como sói ocorrer na ortotanásia, em oposição à obstinação interventiva realizada nas hipóteses de distanásia).<sup>38</sup>

O presente trabalho não pretende esgotar a temática do direito a não sentir dor, visto tratar-se de tarefa hercúlea, mas apenas atentar para a sua importância na busca pelo direito à qualidade de vida do paciente.<sup>39</sup>

Passemos, assim, à análise de outro tema extremamente relevante para a tutela penal da saúde pública: a biossegurança.

### Biossegurança e Tutela Penal da Saúde Pública

A biossegurança diz respeito não só à saúde pública e à qualidade de vida, mas também possui íntima conexão com a própria evolução humana. Tradicionalmente, vem sendo definida como:

ações de prevenção, eliminação ou diminuição dos riscos para a vida e a saúde humana e dos animais; bem como à manutenção dos seres vivos em seu estado de equilíbrio natural, que se encontram vinculados com atividades de investigação e ensinamento, produção e distribuição, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços. O conceito de biossegurança inclui o meio ambiente, mas também o ser humano.<sup>40</sup>

37 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

38 Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

39 Para um aprofundamento no tema, sugere-se a leitura do excelente trabalho: SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.

40 FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA – FECYT. Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Técnica. Informe/ Organismos modificados genéticamente en la agricultura y la alimentación. Madrid: FECYT, 2004, p.40-50.

Assim, com o intuito de regulamentar a matéria, a Constituição dispõe expressamente que:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 11.105/05 criminaliza diversas condutas, podendo-se destacar, em relação à tutela penal da saúde pública, as seguintes:

1) “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Ressalte-se que o art. 5º, da Lei nº 11.105/05, permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.<sup>41</sup>

2) “Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

3) “Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

No que concerne à clonagem, alguns aspectos são de especial relevância para a atuação do Membro do Ministério Público.

41 A pesquisa com células-tronco é constitucional? Sim. Ao apreciar a ADI 3510/DF (Rel. Ministro Ayres Brito, julgada em 29/05/2008) o STF entendeu que inexistia violação do direito à vida na utilização de células tronco-embriônicas em pesquisas científicas para fins terapêuticos, visto que o direito fundamental a uma vida digna perpassa pelo direito à saúde e ao planejamento disciplinar.



Em primeiro lugar, é preciso compreender o que se entende por clonagem. Clonagem – elemento normativo jurídico do tipo de injusto – é um processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética (art. 3º, VIII, Lei 11.105/2005).

Partindo desse conceito, pode-se dizer que o artigo 26, da Lei nº 11.105/05, contempla crime de perigo abstrato que veda a clonagem reprodutiva, tutelando, de forma direta, o bem jurídico identidade do ser humano e, de forma indireta, a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade e a saúde pública.<sup>42</sup>

O delito previsto no artigo 26, da Lei nº 11.105/05, viola o direito à liberdade de reprodução? Embora existam duas correntes em sede doutrinária sobre o tema, o STF entende que não há falar em violação à garantia constitucional de liberdade de reprodução, visto que a clonagem reprodutiva gera o risco de destruição da identidade genética do ser humano.<sup>43</sup>

A “clonagem terapêutica”, de outro modo, é aquela que implica na produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica (art. 3º, X, da Lei nº 11.105/2005), tal como sói ocorrer com o transplante de tecidos. Perceba-se que essa modalidade de clonagem não é proibida pelo artigo 26, da Lei nº 11.105/05. Assim, inobservados os limites de permissibilidade dispostos no art. 5º, da Lei 11.105/2005, o agente responderá pelo delito disposto no art. 24, da Lei 11.105/05 (delito de utilização de embrião humano em desacordo com o que dispõe o artigo 5º da Lei 11.105/2005) e, não, pelo artigo 26, da Lei nº 11.105/05<sup>44</sup>

Devidamente expostos os principais aspectos para a atuação do Membro do Ministério Público na tutela da penal da saúde pública previstos na Lei de Biossegurança, passemos à análise do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV).

### **Do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV)**

A Lei nº 12.984/14 inovou no ordenamento nacional ao prever o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Dispõe o art. 1º, do mencionado diploma, que:

Art. 1º - Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente: I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado; II - negar emprego ou trabalho; III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar; V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

No âmbito deste trabalho, especial atenção merece o inciso VI, ao criminalizar a conduta de recusar ou retardar atendimento de saúde *ao portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente.*

O inciso é dirigido aos profissionais da saúde e auxiliares médicos e administrativos que, de alguma forma, recusam (negam) ou retardam (atrasam) o atendimento à vítima. Assim, trata-se de crime próprio, exigindo uma qualidade especial do sujeito ativo, qual seja, que figurem como profissionais da saúde e auxiliares médicos e administrativos.

O sujeito passivo, de outro modo, pode ser qualquer portador do vírus HIV ou o doente de aids.

O tipo penal tutela como bem jurídico direto o direito ao tratamento igualitário do portador de HIV e, de forma indireta, a saúde pública, podendo ser classificado como de mera conduta; comissivo como regra (por ação) e excepcionalmente omissivo; instantâneo; e unisubjetivo (um só agente pode praticá-lo).

Atente-se para o fato de que a figura típica, ao resguardar o direito ao tratamento igualitário do portador de HIV, vem contribuir para a qualidade de vida dos doentes, razão pela qual incumbe aos Membros do Ministério Público não apenas adotarem as medidas cabíveis para a adequada responsabilização daqueles

42 PRADO, Luiz Regis. *Biossegurança e Direito Penal*. In: Revista dos Tribunais, v. 835, 2005, p.415 e seguintes.

43 STF - ADI 3510/DF - Rel. Ministro Ayres Brito, julgada em 29/05/2008.

44 PRADO, Luiz Regis. *Biossegurança e Direito Penal*. In: Revista dos Tribunais, v. 835, 2005, p.415 e seguintes.

que incorrerem na figura típica, mas também atuar no sentido de fiscalizar os inúmeros abusos que vêm sendo praticados por profissionais de saúde em face de pessoas que já ostentam situação de vulnerabilidade.

Devidamente expostas as principais peculiaridades do tipo penal previsto na Lei nº 12.984/14, passemos à análise de outro tema importante na atuação prática: as tendências político-criminais em relação ao uso de drogas.

### **Tendências político-criminais em relação ao uso de drogas**

O tratamento conferido à temática do uso de drogas não ocorre de forma uniforme em todos os cantos do globo. Ao contrário, cada país tem apresentado peculiaridades, sendo possível enquadrá-los em quatro modelos:<sup>45</sup>

a) Modelo norte-americano: prega a abstinência e tolerância zero, pois o combate às drogas é visto como um problema policial e militar.<sup>46</sup>

b) Modelo liberal radical: prega a liberalização total do uso das drogas.<sup>47</sup>

c) Modelo da “redução de danos” ou sistema europeu: busca a redução dos danos causados a usuários e a terceiros por meio de políticas de controle e educacionais (v.g., distribuição de seringas pelo Estado, demarcação de locais adequados para o consumo, prestação de assistência médica, entre outras).<sup>48</sup>

d) Justiça terapêutica: centra a sua atenção no tratamento do usuário como forma de solução do problema das drogas.<sup>49</sup>

No Brasil, a posse de drogas para consumo pessoal vem prevista no

artigo 28, da Lei nº 11.343/06,<sup>50</sup> sendo que o § 1º do mencionado diploma prevê conduta equiparada, consistente no cultivo de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.<sup>51</sup>

No que concerne à natureza jurídica, surgiram basicamente três teorias:

a) Um primeiro entendimento sustenta tratar-se de crime, tendo ocorrido mera despenalização em relação ao antigo delito previsto no artigo 16, da Lei nº 6.368/76.<sup>52</sup> Partindo desse raciocínio, teríamos hoje uma teoria dicotômica da infração penal (Art. 1º, da LICP): 1) os crimes, para os quais são previstas penas de reclusão ou detenção; e 2) as contravenções penais, para as quais são cominadas penas de prisão simples.

b) Uma segunda corrente sustenta tratar-se de infração penal *sui generis*, em virtude de o legislador não ter cominado pena de detenção, reclusão ou prisão simples para o infrator. Partindo dessa posição, teríamos uma teoria tricotômica da infração penal, composta pelas seguintes espécies: 1) crimes (reclusão ou detenção); 2) contravenções (prisão simples); e 3) infrações penais *sui generis*, às quais são cominadas medidas alternativas (seria o caso do artigo 28, da Lei nº 11.343/06).

c) Por fim, uma terceira posição sustenta que a Lei nº 11.343/06 promoveu efetiva *abolitio criminis*, passando a punir o usuário apenas no âmbito administrativo.

Recentemente, o STF admitiu a existência de repercussão geral sobre a controvérsia no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, tendo em vista a suscitação de inconstitucionalidade do art. 28, da Lei de Drogas, diante do argumento de que o dispositivo viola os direitos à intimidade e à vida privada, previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Em que pese o tema estar longe de ser pacificado, a atuação dos Membros do Ministério Público deve estar pautada em

45 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

46 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

47 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

48 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

49 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

50 Art. 28 - Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

51 Art. 28, § 1º - Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

52 STF, QO no RE nº 430.105 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 13/02/2007.

dois aspectos: 1) o combate ao crime de porte de drogas para uso próprio, visto que o bem jurídico direto tutelado é a saúde pública, protegendo-se apenas indiretamente a saúde individual; e 2) a implantação de programas e ações que visem a garantir a qualidade de vida de dependentes e usuário, através do cumprimento da legislação penal em consonância com medidas sociais e de tratamento.

Assim, o Promotor ou Procurador, no intuito de garantir o direito à qualidade de vida aos usuários e dependentes de drogas, deve adotar medidas para que os infratores tenham a faculdade de receber tratamento médico ou outro tipo de medida terapêutica, sem prejuízo da aplicação da pena.

Embora não seja objeto deste estudo a análise dos inúmeros programas de Justiça Terapêutica que vêm sendo desenvolvidos, importa ressaltar a necessidade de atuação conjunta do Ministério Público, Poder Judiciário, Polícias, Sistema Municipal e a sociedade civil, de modo a prevenir o envolvimento com as drogas e melhorar a qualidade de vida de dependentes e usuários.

### **A Lei nº 9.434/97 e o Tráfico de Pessoas com a Finalidade de Comércio de Órgãos**

A Lei nº 9.434/97 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo em duas situações distintas:

a) *Post mortem*, desde que destinados a transplante ou tratamento, sendo necessário o prévio diagnóstico de morte encefálica por dois médicos não integrantes da equipe de transplante (art. 3º).

b) *In vivo*, desde que se trate de doador juridicamente capaz e que disponha gratuitamente dos tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau. A disposição também pode ocorrer em favor de qualquer outra pessoa, desde que mediante autorização judicial (art. 9º, caput e § 4º) e que verse sobre:

órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (§ 3º).

No âmbito da tutela penal da saúde pública, a Lei nº 9.434/97 tipifica inúmeras condutas, dentre as quais:

a) Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

b) Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

c) Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei: Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

d) Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei: Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

e) Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

De outro modo, a Lei nº 13.344/16 dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. No âmbito da tutela penal da saúde pública, o artigo 149-A, do CP, recebeu a seguinte redação:

Art. 149-A - Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Trata-se de crime bicomum quanto aos sujeitos ativo e passivo e que tem natureza de delito formal, ou seja, sua consumação independe da efetiva concretização da vontade específica. Assim, qualquer pessoa poderá praticar a infração penal, seja atuando como “empresário ou funcionário do comércio de pessoas”, seja como “usuário” da pessoa traficada. E mais: homem ou mulher podem figurar como vítima, ou seja, podem ser objeto do tráfico.<sup>53</sup>

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Em relação ao tipo objetivo, trata-se de crime de conduta mista alternativa, punindo-se o agente que agenciar (comercializar), aliciar (atrair), recrutar (convencer), transportar (conduzir de um lugar para outro), transferir (provar a mudança de residência), comprar (adquirir), alojar (acomodar) ou acolher (abrigar) pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.<sup>54</sup>

Em relação ao elemento subjetivo, o tipo adota o dolo específico ou especial fim de agir, atuando o com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo.<sup>55</sup>

No que concerne ao consentimento do ofendido para o afastamento da ilicitude da conduta, só poderá ser tido como válido se for obtido de forma livre e consciente, ou seja, sem que tenha havido o emprego de ameaça, uso da força ou outras formas de coação, ou ainda o abuso de autoridade pelo traficante, bem como que seja prestado por ofendido que não seja vulnerável.<sup>56</sup>

Trata-se de delito formal, consumando-se com a prática das condutas previstas no tipo penal, independentemente do efetivo tráfico de órgãos ou tecidos, sendo plenamente admitida a modalidade tentada.

A ação penal será pública incondicionada e o novo tipo penal também contempla inúmeras causas de aumento, dentre as quais pode-se destacar o fato de o crime ser cometido por funcionário público, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, ou contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; o agente prevalece de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou, ainda, a vítima do tráfico de pessoas seja retirada do território nacional (artigo 149-A, § 1º, do Código Penal). Contudo, a pena será reduzida de um a dois terços, se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Importa ressaltar que, recentemente, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, buscando afastar eventuais situações discriminatórias,

entendeu que a União, na qualidade de gestora do Sistema Nacional de Transplantes, deve considerar o companheiro ou companheira homossexual como legitimado a autorizar a doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, para fins de transplante, do companheiro falecido, observando as mesmas regras estabelecidas para companheiros heterossexuais.<sup>57</sup>

### **Mistanásia ou eutanásia social**

A mistanásia ou eutanásia social pode ser definida como a morte do miserável por falta da assistência médica devida, especialmente nos casos em que a vítima sequer ingressa no sistema de saúde ou ingressa e não recebe a assistência cabível.<sup>58</sup> A título de exemplo, pode-se mencionar a hipótese em que o ofendido, embora conduzido até o pronto-socorro, não consegue obter um leito para tratamento e vem a falecer aguardando assistência médica.<sup>59</sup>

O fenômeno decorre do caráter seletivo do SUS: diante da ausência de recursos, o médico é colocado diante da decisão sobre a alocação de recursos, ou seja, de qual paciente irá receber o único leito disponível.

Trata-se de temática que merece especial atenção dos Membros do Ministério Público em duas esferas distintas: a) no âmbito cível, devem atuar para a melhoria do sistema de saúde, adotando as medidas cabíveis em sede extrajudicial e judicial; e b) no âmbito penal, devem zelar pela adequada investigação e responsabilização do agente que tenha incorrido na prática de qualquer delito relacionado com a omissão de tratamento (homicídio, condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial, entre outros).

Por fim, existe mandado de criminalização constitucional sobre o tema, visto que o art. 196, da Constituição, dispõe expressamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo necessário que o Projeto de Novo Código Penal leve em consideração a temática.

54 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

55 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2017.

56 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017.

57 TRF 3ª Região - Apelação/reexame necessário nº 0900598-64.2005.4.03.6100/SP - Rel. Des. Federal Mônica Nobre - j. em 30/10/2014.

58 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

59 Cf. DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

**Serviços públicos de saúde, serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde e o atendimento público específico e especializado às mulheres e às vítimas de violência doméstica em geral**

A Lei nº 13.427/2017 inseriu inciso XIV ao art. 7º, da Lei nº 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde. O novel dispositivo impõe a disponibilização de atendimento público específico e especializado às mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, inclusive no que concerne ao atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras. Vejamos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

Trata-se, em verdade, de regra que vem complementar as disposições trazidas pela Lei nº 12.845/2013, que regulamentou o atendimento emergencial, integral e multidisciplinar às pessoas vítimas de violência sexual. Este diploma normativo vem estabelecer que os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social, compreendendo os seguintes serviços: I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas; II - amparo médico, psicológico e social imediatos; III - facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual; IV - profilaxia da gravidez; V - profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST; VI - coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia; VII - fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis.

Na esfera prática, o Membro do Ministério Público deve utilizar-se dos recursos extrajudiciais (v.g., inquéritos civis, recomendações

e termos de ajustamento de conduta) e judiciais disponíveis, visando garantir a organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral.

## Conclusões

O presente estudo atenta para necessidade de atuação do Ministério Público voltada para a garantia do direito à qualidade de vida, tendo como corolário a tutela penal da saúde pública.

Dentre as diversas manifestações do livre desenvolvimento da personalidade, o direito à qualidade de vida assume papel de relevo, abrangendo cinco esferas: a vida física, espiritual, emocional, social e intelectual da pessoa.

A qualidade de vida é reflexo não só do modo como percebemos e experimentamos o mundo, mas também da formação de objetivos, no relacionamento com outros seres e na construção do “Eu”, motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve ser capaz garantir a cada pessoa humana liberdade de vivenciar com qualidade o existir em sua plenitude.

Embora sejam várias as manifestações do direito à qualidade de vida, uma vez que abrange todas as esferas do ser - tais como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a liberdade e a igualdade -, com o intuito de evitar uma abordagem superficial do tema, adotou-se um recorte epistemológico neste trabalho. O foco foi a tutela da saúde pública, mais especificamente no que diz respeito aos seus aspectos penais, visto tratar-se de tema muitas vezes esquecido pela doutrina de indispensável na busca pela qualidade de vida.

Perpassando pela análise do “direito a não sentir dor”, da biossegurança, do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), das tendências político-criminais em relação ao uso de drogas, do crime de tráfico de pessoas com a finalidade de comércio de órgãos, da mistanásia e das inovações trazidas pela Lei nº 13.427/2017, procurou-se destacar aspectos relevantes para a atuação prática de Membros do Ministério Público, ressaltando que a instituição deve assumir com altivez novas atribuições e competências que, até então, não lhe eram afeitas, aumentando progressivamente seu espaço na concretização do direito à qualidade de vida.



Em suma, o atual contexto está a exigir do Ministério Público que reivindique e acompanhe a implementação de todas as esferas da pessoa e da comunidade. E, para tanto, cada Membro precisa potencializar a sua forma de atuação, de modo a apresentar-se como abertura de possibilidades a serviço da construção de uma sociedade que privilegia a vida com qualidade.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.
- COSTA, Rafael de Oliveira. Do Futuro do Ministério Público: Efetividade de Políticas Públicas e Litígio Estratégico no Processo Coletivo. In: Renato Kim Barbosa. (Org.). *O Futuro do Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2017, p. 08-20.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2017.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 168.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal: Parte especial*. v. 3. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MERSKEY, Harold. BOGDUK, Noah. *Classification of chronic pain - descriptions of chronic pain syndromes and definitions of pain terms*. Seattle: International Association for the Study of Pain Press, 1994.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - Parte especial: arts. 235 a 361 do Código Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Editora Coimbra, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição Juridicamente Adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Biossegurança e Direito Penal*. In: Revista dos Tribunais, v. 835, 2005, p.415 e seguintes.
- SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2014. 141p.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*, São Paulo: Justitia, jul-dez 2007.