

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Laís Berti Resqueti

**Os mandados constitucionais de criminalização e a obrigatoriedade
de proteção da saúde pública brasileira como bem jurídico
supraindividual**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Laís Berti Resqueti

Os mandados constitucionais de criminalização e a obrigatoriedade de proteção da saúde pública brasileira como bem jurídico supraindividual

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo

2022

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 24/12/2022

E-mail: laisbertiresqueti@hotmail.com

Resqueti, Laís Berti

Os mandados constitucionais de criminalização e a
obrigatoriedade de proteção da saúde pública
brasileira como bem jurídico supraindividual /
LaísBerti Resqueti. -- São Paulo: [s.n.], 2022.
109p ; 29,7 cm cm.

Orientador: Antonio Carlos da Ponte.
Dissertação (Mestrado) -- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Bem jurídico supraindividual. 2. Mandados de
criminalização. 3. Saúde. I. Ponte, Antonio Carlos
da. II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
III. Título

CDD

Laís Berti Resqueti

Os mandados constitucionais de criminalização e a obrigatoriedade de proteção da saúde pública brasileira como bem jurídico supraindividual

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Dr. Antonio Carlos da Ponte – PUC-SP

Dra. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos –
PUC-SP

Dr. Luiz Fernando Kasmierczak – UENP

Dedico esta dissertação a todos os colegas de pesquisa e amigos que participaram desta jornada. Vocês consolidaram o início de um sonho.

AGRADECIMENTO

À CAPES:

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – processo nº 88887.493250/2020-00.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – processo nº 88887.493250/2020-00.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Nilceia e Albino, base de minha formação, que me oportunizaram o acesso à educação.

Sou grata à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação do Ministério da Educação (MEC), que, em parceria com Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), ocupou papel fundamental para custeio e fomento desta pesquisa científica, bem como aos nobres integrantes da minha banca, em especial ao meu orientador, Dr. Antônio Carlos da Ponte, autoridade no Direito Penal, pelo qual possuo grande respeito, inspiração e admiração profissional.

Imensa gratidão à querida Professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, fonte de luz, pela qual tive o privilégio de ser acolhida no início de meus estudos e que acompanhou com maestria meu estágio acadêmico, contribuindo para o meu crescimento profissional e pessoal.

Agradeço ao Professor Luiz Fernando Kazmierczak, pela dedicação à leitura de minha pesquisa e pela honra de contar com sua avaliação.

Agradeço também a Dra. Raphaella Benetti da Cunha Rios, pesquisadora e magistrada, fonte de incentivo ao meu ingresso neste programa de pós-graduação *strictu sensu*, e a qual tive o privilégio de assessorar por aproximados 9 anos, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise sobre as omissões estatais quanto ao enfrentamento de tema jurídico-criminal envolvendo a tutela da Saúde Pública, alicerçado a uma política de prevenção e repressão para efetiva proteção do bem jurídico. Demonstra o dever do Parlamento brasileiro quanto à confrontação de alguns temas cuja competência se atribui por meio de mandados de criminalização previstos na Constituição Federal e a ingerência do Direito Penal face às novas formas de atuação criminal. A globalização trouxe por consequência a difícil missão de enfrentar uma nova camada de criminalidade que atinge todo o contexto social, lesionando ou ameaçando de lesão não apenas os direitos sociais, mas a proteção do bem jurídico vida. Assim, o enfrentamento de temas que abalam a estrutura do Estado Democrático de Direito exige do Direito Penal adequação à contemporaneidade para a concessão de Saúde Pública de qualidade para a população, inclusive, com a imposição de sanção a nível internacional em face dos representantes estatais e do parlamento quando se omitem na função típica para enfrentamento do tema. Nesse cenário, para evitar episódios pandêmicos, em prol do equilíbrio na concessão efetiva do direito humano saúde, observa-se que, na verdade, as normas penais ainda buscam a tutela do bem jurídico de forma pontual com um Direito Penal clássico e necessita de atuação efetiva para que siga a fundamentação constitucional, no entanto vinculada a uma pauta de direitos humanos. A pesquisa foi realizada com base no método dedutivo, sob referenciais bibliográficos, à luz de um histórico constitucional formador da tutela da Saúde Pública, que desagua na Constituição Federal de 1988, bem como em observância às legislações sanitárias. Pauta-se na proteção do bem jurídico por intermédio do reconhecimento dos mandados de criminalização constitucionais e a responsabilidade penal decorrente das omissões na concessão de Saúde Pública, em que se busca relembrar a importância dos temas, a interligação deles, na busca de segurança jurídica para efetiva proteção do bem jurídico vida.

Palavras-chave: Saúde. Bem jurídico supraindividual. Mandados de Criminalização.

ABSTRACT

This work presents an analysis of the State's omissions regarding to the confrontation of a legal-criminal issue involving the protection of public health, based on a policy of prevention and reproof for the effective protection of the juridical asset. It demonstrates the duty about the Brazilian Parliament in dealing with some themes whose competence are attributed through criminalization warrants provided in the Federal Constitution and the interference of Criminal Law face to a new forms of criminal activity. As a result, globalization has brought the difficult mission of facing a new stratum of criminality that affects the entire social context, injury or threat of injury, not only social rights, but also the protection of the legal right of life. Therefore, the confrontation of issues that affects the structure of the Democratic State of Law requires that the Criminal Law to adapts to contemporaneity for the granting of quality public health to the population, including the imposition of sanctions at an international level against the politicians and of Parliament, when they omit in their typical function to deal with the issue. In this scenario, still to avoid pandemic episodes, in favor of balance in the effective granting of the human right to health, it is observed that, in fact, the penal rules still seek for the protection of the legal interest in a timely manner, with a classic Criminal Law, and they need effective action so that they can follow the constitutional foundation, but linked to a Human Rights agenda. The research was accomplished based on the deductive method, under bibliographic references, in the light of a constitutional history that forms the protection of public health, which flows into the Federal Constitution of 1988, as well as in compliance with sanitary legislation. It is based on the protection of the juridical asset through the recognition of constitutional criminalization warrants and criminal liability arising from omissions in the concession of public health, which seeks for remember the importance of the themes, their interconnection, in the search for legal certainty for effective protection of the legal life.

Keywords: Health. Penal Guardianship. Supra-individual legal assets. Life. Criminalization Warrants.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O TRATAMENTO DISPENSADO A SAÚDE PÚBLICA E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	13
2.1 A Formação do Conceito de Saúde ao Longo da História	42
2.2 A influência da cultura ocidental na legislação sanitária brasileira.....	18
2.3 A proteção da saúde pública nas constituições brasileiras	21
2.3.1 Constituição Federal de 1824	21
2.3.1.1 Principais legislações sanitárias de 1828 a 1846.....	23
2.3.2 A Constituição de 1891	34
2.3.2.1 Principais legislações sanitárias de 1900 a 1933.....	35
2.3.2.2 Constituição de 1934.....	36
2.3.2.3 Principais legislações sanitárias de 1934 a 1937	37
2.3.2 A Constituição de 1937	38
2.3.2 A Constituição de 1946	39
2.3.2 A Constituição de 1967	40
2.3.2 A Constituição de 1988	42
3 PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL.....	43
3.1 A proteção do bem jurídico como missão e função do Direito Penal.....	43
3.2 Do modelo de Estado adotado e sua função jurídico-penal	18
3.3 Evolução da teoria do bem jurídico e intervenção penal	54
3.3.1 O monismo e o dualismo em relação ao bem jurídico	63
4 OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	67
4.1 Considerações Gerais	67
4.2 Contexto histórico e definição dos mandados de criminalização.....	Erro!
Indicador não definido.	
4.3 Obrigações de criminalização previstas na Constituição Federal	73
4.3.1 Mandados explícitos de criminalização	75
4.3.2 Mandados implícitos de criminalização	78
4.4 Os sistemas sociais e a forma de proteção da Saúde Pública	81
4.5 Tipificação penal e critério de proteção da Saúde Pública	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	94

REFERÊNCIAS.....	97
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado Democrático de Direito, devendo ser assegurada em prol da preservação da vida e de seu pleno desenvolvimento.

A tutela do direito à saúde busca a proteção de bem jurídico supraindividual, que ao ser atingido fere direitos difusos e coletivos de um povo. Portanto, ao se referir em ofensa à saúde, ocorre a violação da própria da vida, onde a ameaça ao bem jurídico saúde possui relação de interdependência com o bem jurídico vida.

A saúde está presente nas mais variadas formas perante o contexto social, podendo ser vista como individual do ser humano ou de uma coletividade. Também se apresenta na atividade física e psíquica do indivíduo, exterioriza-se ao local de sua criação e habitação, bem como ao seu ambiente de trabalho e sustento.

Nota-se a ampla ramificação que o bem jurídico apresenta: onde existe vida, existe a necessidade de garantir a saúde de forma igualitária, para que ao Estado se aplique a promoção de amplo acesso aos cidadãos.

Para tanto, o corpo constitucional de 1988 concede aparato ao Parlamento brasileiro para a proteção do bem jurídico, mediante ordens de criminalização ao legislador penal ordinário, sendo missão da legislação criminal a tutela de valores sociais essenciais, na qualidade de protagonistas da fundamentação do Direito Penal.

A ordem busca uma igualdade formal e material ao cidadão na luta por um tratamento de saúde, que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, diante da tamanha necessidade e importância de se tutelar a qualidade de vida de um direito fundamental, justifica-se a busca de uma proteção global do bem jurídico, reconhecida a relevância do tema que envolve o futuro da humanidade, enquanto portadora de direitos humanos.

Neste contexto, a pesquisa científica se aprofunda não somente sobre a missão preventiva e repressiva que o Direito Penal deve assumir para enfrentamento do tema, mas objetiva formas de coibir práticas criminais contra a saúde, romper com o discurso de resistência à globalização, merecendo enfrentamento do tema a nível internacional.

A forma de proteção constitucional que tutela bens supraindividuais está intrinsecamente ligada ao princípio da proporcionalidade. Eis que, se por um lado cabe ao Estado conceder a efetiva proteção do bem jurídico, por outro, cabe ao legislador

enfrentar a proteção efetiva à saúde, com a implementação de políticas públicas eficientes ou normas penais aplicáveis com rigor àqueles que assumem uma obrigatoriedade de tratar e proteger bens e interesses de forma adequada e integral.

Assim, a saúde pode ser considerada como um sistema social em permanente transformação e, por este motivo, a dinâmica de sua proteção não pode se sujeitar a tipos penais fechados.

Parte-se do raciocínio dedutivo com a pesquisa doutrinária e legislativa, bem como a análise da realidade prática que se vivencia no Estado brasileiro quanto ao enfrentamento e proteção do bem jurídico. Nesta linha, discorreu-se sobre a proteção do bem jurídico como missão e função do Direito Penal, observado o modelo de Estado adotado e sua função jurídico-penal, pois em um Estado Democrático de Direito a carta constitucional privilegia a proteção da dignidade da pessoa humana em primeiro plano de tutela constitucional. Para tanto, fez-se necessário aprofundamento da teoria do bem jurídico e o reconhecimento da forma de intervenção penal para proteção de bens jurídicos essenciais.

Em seguida, o tema proposto é o tratamento dispensado à Saúde Pública e sua proteção constitucional, com a significação do termo “saúde” ao longo da história, seu reconhecimento como bem jurídico individual, as principais legislações sanitárias e forma de tutela perante as constituições e o seu reconhecimento como um direito promocional na qualidade de bem jurídico difuso.

Por fim, o último capítulo trata dos mandados de criminalização e a forma de proteção penal da Saúde Pública no Brasil, à luz da carta constitucional de 1988, com critério para a leitura que se espera do Direito Penal no reconhecimento da necessidade de enfrentamento da saúde como um bem jurídico merecedor de tutela, como um mandado implícito de criminalização.

2 O TRATAMENTO DISPENSADO A SAÚDE PÚBLICA E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 A Formação do Conceito de Saúde ao Longo da História

A definição do termo “saúde” decorre de longo período histórico de evolução e reflete a construção social, econômica, política e cultural de uma civilização.

A expressão possui distintas representações e uma dependência de lugar e classe social, além de valores individuais relacionados a concepções científicas, religiosas e filosóficas. A mesma construção, inclusive, se aplica ao significado de doenças.¹

A formação de ambas as concepções (saúde e doença) decorreu e ainda decorre de uma construção social atrelada e desenvolvida pela humanidade com estreita ligação a ordem divina.

Os povos judeus relacionavam o surgimento de uma doença a uma punição decorrente do descumprimento de mandamento de Deus, fruto do que se considerava um pecado. Exemplifica-se nas passagens que envolvem os leprosos, que eram isolados e julgados pelo grupo, sendo a doença originária de um pecado.² Conforme consta do livro do Êxodo ou Eclesiastes, a figura de Deus assumia os papéis concentrados de quem pune e cura.³

Na Grécia antiga, representava-se forma racionalizada na interpretação da medicina, embora ainda houvesse a correlação da mitologia no surgimento de uma doença ou da saúde do ser humano:

Os gregos cultuavam, além da divindade da medicina, Asclepius, ou Aesculapius (que é mencionado como figura histórica na Ilíada), duas outras deusas, Higiéia, a Saúde, e Panacea, a Cura. Ora, Higiéia era uma das manifestações de Athena, a deusa da razão, e o seu culto, como sugere o nome, representa uma valorização das práticas higiênicas; e se Panacea representa a idéia de que tudo pode ser curado - uma crença basicamente mágica ou religiosa -, deve-se notar que a cura, para os gregos, era obtida pelo uso de plantas e de métodos naturais, e não apenas por procedimentos ritualísticos.”⁴

¹ SCLIAR, 2007. p. 30.

² Mt, 8, 1-34. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/sao-mateus/8/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

³ “De Deus vem toda a cura” (Ecl, 38, 1-9). Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/eclasiastes/1/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

⁴ SCLIAR, 2007, p. 32.

A definição do que é saúde também possui bases conceituais em Hipócrates, quando iniciou seus ensinamentos clínicos aproximadamente 430-429 a.C. e desenvolveu a obra “Ares, Águas e Lugares”, reconhecida como o primeiro tratado sobre saúde pública, climatologia e fisioterapia.⁵

Seu reconhecimento pelos estudos clínicos sobre doenças, possibilitou o aprofundamento do raciocínio por meio da metodologia e investigação científica, com constatações da saúde e identificação de doenças conforme o clima:

Para cada estação que se aproximar e para o ano em vista, ele poderá predizer as doenças comuns a todos (geraes) que possam afligir a cidade no estio ou no inverno, e aquellas de que cada qual em particular estiver ameaçado se-se afastar do regimem. Conhecendo as alternativas das estações, o nascer e o ocaso dos astros e o por que se passam esses fenômenos, poderá prever como será o anno. Após taes investigações e com a previsão dos tempos, está em condições de enfrentar qualquer caso em particular, conhecerás os meios mais propios para restabelecer a saúde, e não alcançará medíocre sucesso no exercício de sua arte. Se alguém tomar esses conhecimentos como atinentes a meteorologia, por pouco que queira manter sua opinião em suspenso, convencer-se-há de que a astronomia não é de tão insignificante utilidade à medicina, mas que, pelo contrário, é uma auxiliar bem notável. Com effeito, entre os homens, o estado da cavidade modifica-se de conformidade com as estações.⁶

Hipócrates trouxe a identificação de males entendidos como sagrados à classificação de doença, com a tendência de desmistificação da figura da divindade relacionada a determinadas moléstias.

Quando investigou a epilepsia, concluiu que a origem divina atribuída a doença decorre não de outro fator além da inexperiência humana, face ao caráter peculiar da doença. Para Hipócrates, caso seja a epilepsia considerada uma “doença sagrada”, muitas outras também serão, devendo ser analisado o seu aspecto clínico e científico.⁷

Oportuno frisar que a epilepsia é considerada uma das doenças mentais mais antigas do mundo, com perda da consciência, convulsões tônicas e clônicas.⁸

Embora identificadas evoluções na construção de técnicas da medicina ou racionalização de doenças, os preceitos religiosos, como a prática do isolamento e punição de doentes perdurou por longo período de tempo na Idade Média. E, a história

⁵ ALTMAN, 2014.

⁶HIPÓCATRES, 1930, p. 4.

⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁸ FARIAS JUNIOR, 1996, p. 244-245.

simbólica da inquisição e da patologia como expressão psicótica é ápice da aplicabilidade da lei aos hereges, apesar de gravemente enfermo, atrelado ao anticristo e a bruxaria, com casos de identificação de uma psicose coletiva à superposição da simbologia da época.⁹

Um dado importante de registro é que nos séculos XVI e XVII, discussões sobre a medicina em território europeu foi uma herança da Idade Médica, vários tipos de praticantes das ciências médicas propiciaram o surgimento dos “profissionais da saúde”. Havia médicos hereditos, os que proclamavam a medicina medieval e o humanismo renascentista que assimilava e defendia a medicina grega original. Houve o surgimento da astrologia para o prognóstico de doenças e a categorização dos boticários para tratamento de doenças.¹⁰

O período renascentista, ainda contribuiu pela identificação de doenças e suas curas vinculadas a causas e tratamentos naturais, mas foram as grandes navegações que possibilitaram o conhecimento de novas doenças pelos povos europeus, com o surgimento de uma nova medicina pelo suíço Theophrastus von Hohenheim, ou Paracelso, que defendia o uso da alquimia e a observação direta da natureza.¹¹

Em breves apontamentos, no século XIX, o filósofo alemão Friedrich Engels, no surgimento da Revolução Industrial e ao estudar a vida dos trabalhadores da Inglaterra, concluiu que a cidade, o tipo de vida adotados pelos habitantes e o ambiente de trabalho são fatores de responsabilidade sobre a saúde das populações.¹²

Outra corrente de pensamento, entretanto, evoluiu no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças.

Neste sentido, o filósofo francês René Descartes, no início do século XVII, ao identificar o corpo humano, acreditou poder descobrir a "causa da conservação da saúde".

Segundo a crítica cartesiana à filosofia especulativa, voltadas para a medicina e cura dos pacientes, seria possível chegar a conhecimentos úteis e se tornar “mestres

⁹ KRAMER; SPRENGER, 2015, p. 34-41.

¹⁰ PORTO, 1997, p. 569.

¹¹ PORTO, *op. cit.*, p. 569.

¹² ENGELS, 2010, p. 46.

e donos da natureza”, certo que esse domínio está estreitamente ligado à conservação da saúde:

[...] pois elas me mostraram que é possível chegar a conhecimentos muito úteis à vida, e que, ao invés dessa filosofia especulativa ensinada nas escolas, pode-se encontrar uma filosofia prática, mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos os diversos ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-las do mesmo modo em que todos os usos a que são adequadas e assim nos tornaríamos como que senhores e possesores da natureza. Isso é de se desejar não somente para a invenção de uma infinidade de artifícios que nos fariam usufruir, sem trabalho algum os frutos da terra e de todas as comodidades que nela se encontram, mas também, principalmente, para a conservação da saúde, que é, por certo o bem primordial e o fundamento de todos os outros bens desta vida; pois até o espírito depende tanto do temperamento e da disposição dos órgãos do corpo que, se é possível encontrar algum meio que torne os homens mais sábios e mais hábeis do que o foram até agora, creio que é na medicina que se deve procura-lo.¹³

Após a segunda guerra mundial houve uma reconstrução dos direitos humanos, a positivação e o reconhecimento dos direitos da humanidade. O conflito direto ou indiretamente envolveu todos os países do mundo, com perdas tanto materiais quanto em número de vidas incalculáveis.¹⁴

Neste cenário, a Organização das Nações Unidas fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens.

Daqui decorre a preocupação da Organização Mundial da Saúde em atas oficiais da Organização das Nações Unidas, que, desde 1948 define o conceito de saúde como “estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente ausência de enfermidade ou invalidez.”

Observe que a conceituação de saúde adotada pela OMS não se trata de definição científica, eis que discorda das exigências contemporâneas referentes à elaboração das definições sobre a saúde, tampouco se trata de um conceito amplo.

A partir da segunda metade do século XX, o conceito de saúde se firma com, o health field e, neste cenário o conceito da Organizal Mundial da Saúde serviu de base para análise dos fatores que intervêm sobre a saúde, especialmente sobre quais fatores a saúde pública deve por sua vez intervir. ¹⁵

¹³ DESCARTES, 1996, p. 69.

¹⁴ HOBSBAWM, 1995.

¹⁵ SCLIAR, 2007, p.34.

Não restam dúvidas que a saúde não se restringe à mera ausência de doença ou enfermidade, ou seja, se trata de um estado multidimensional que envolve três domínios: saúde física, psicológica e social.¹⁶

Com o reconhecimento e a ampliação da concepção sobre saúde no pós guerra, são incluídas outras dimensões da vida humana, o que denota que este estado pode ser determinado por questões sociais, econômicas, culturais, como também por questões individuais, relacionadas ao cuidado com a saúde, sendo assim, necessário distinguir os fatores da saúde entre os indivíduos, entre os grupos e entre as populações.

Um dado interessante de registro é que a partir da segunda metade do século XX ainda houve o reconhecimento e aplicabilidade da vertente da saúde aos direitos trabalhistas, com o reconhecimento de direitos e obrigações para a prestação do trabalho e recusa ao exercício de atividades perigosas ou arriscadas à saúde pelos trabalhadores.¹⁷ Isto denota a força da reconstrução, da relação de trabalho e emprego na busca de condições dignas.

Certo é que, quando se fala em promoção da saúde, se busca qualidade de vida, moradia, emprego e lazer dignos, respaldados em uma gama de direitos que ultrapassa o limite Estatal e passa a compor o patamar de direitos humanos.

Nesta trilha, a saúde se trata de um direito universal aplicável para todo e qualquer indivíduo, que compõe em sua forma basilar a própria dignidade da pessoa humana.

A importância de delimitar o significado ainda se mostra razoável, inclusive, do texto constitucional, ao conceber um conceito amplo de saúde no artigo 196. Embora seja objeto dos tópicos subsequentes, é digno de menção que o dispositivo constitucional determina ao Estado a obrigatoriedade de elaborar políticas sociais e econômicas de acesso universal e igualitário, por meio de ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.¹⁸

A saúde ainda apresenta duas vertentes de atuação: individual, quando destinada ao direito de acessibilidade aos serviços de saúde essenciais a integridade humana, com tratamentos especializados; e coletiva, quando se ocupa com a

¹⁶ STRAUB, 2005.

¹⁷ SCLIAR, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸ BRASIL, 1988.

proteção dos direitos sociais, que vai além da identificação e cura de uma enfermidade específica, transcende a pessoa individual e integra o patamar social.¹⁹

Assim, nota-se uma dupla vertente do direito fundamental a saúde: o primeiro aspecto é a normatização e fiscalização de atividades prestadas pelos profissionais de saúde (medicina, fisioterapia, enfermagem, dentre outros). O segundo aspecto está relacionado na prestação e acesso à saúde, que configura uma ordem social constitucional e possibilita que no estado Brasileiro coexista a saúde pública e a saúde privada.²⁰

A acessibilidade ao direito de ter saúde se correlaciona com um rol de direitos que abarcam desde o tratamento a pacientes em leitos, internamentos, exames, tratamentos, concessão de medicamentos e reabilitação do indivíduo até a representação das consequências indiretas ao exercício de outros direitos, pois sem saúde, não há possibilidade do exercício de qualquer outra atividade que compõe o bem estar social humano, fator que desagua de forma indissociável à garantia do direito à vida.

Por sua vez, a proteção penal e constitucional da saúde no que tange ao viés coletivo integra o objeto principal desta investigação que se dedica a identificar a necessidade de ações de caráter geral, políticas públicas, o adequado e suficiente atendimento populacional com demandas de serviços sanitários para manter a proteção da coletividade.

As demandas citadas, por sua vez, decorrem da obrigação e dever de enfrentamento Estatal aos temas em que se omite enquanto provedor de saúde à população brasileira, o que deve sequenciar um aprofundamento ao tema na seara criminal, pautado na tutela de condutas criminosas praticadas pelo próprio Estado quando subverte seus valores essenciais e deixa de cumprir os fundamentos constitucionais, enquanto Estado Democrático de direito.

Por essa razão, oportuno conhecer o desenvolvimento legislativo para a proteção do bem jurídico saúde a nível constitucional e também na qualidade de direito da humanidade.

2.2 A influência da cultura ocidental na legislação sanitária brasileira

¹⁹ VILLARREAL, 2019, p. 297.

²⁰ FIGUEIREDO, 2012, p. 6-7.

A previsibilidade de tutela da saúde perante os textos constitucionais se submete a um precedente histórico que antecede a outorga da primeira constituição brasileira e faz parte do marco do colonialismo na construção da cultura ocidental.

Por sua vez, o estudo sobre uma reunião de pessoas na mesma base territorial para atender suas necessidades, possui origem na Grécia antiga, com influência da filosofia grega e a partir do conceito de *polis*, que traduz o local onde os indivíduos convivem e buscam os seus interesses individuais ou coletivos.²¹

O pluralismo cultural previsto na Carta constitucional de 1988 se estruturou, com a contextualização do multiculturalismo, sua valorização e difusão das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, além de diversos outros grupos sociais participantes do processo civilizatório nacional.

Assim, é preciso reconhecer que a proteção e promoção da saúde, tal como a construção gradativa dos direitos humanos, passou por diversos períodos de luta com o reconhecimento e exclusão de direitos decorrente de culturas que influenciaram, inclusive, na formação do Estado.

A forma como o ser humano desenvolve suas significações possui estreita relação com o dever de respeito a valores éticos e morais de uma organização de pessoas e não se pode desconhecer que o solo brasileiro foi colonizado em busca de mão de obra domesticada e qualificada, com a imposição da cultura ocidental aos nativos.²²

Em análise aos registros do catolicismo no Brasil, verifica-se o desrespeito e a violência às culturas, origens, individualidades materiais e imateriais, especialmente na reconfiguração do aspecto espiritual.²³ E, essa reconstrução de valores das pessoas que povoavam o Brasil é uma influência notável, desde a Constituição Brasileira de 1824.

Outrossim, existe uma relação estreita do reconhecimento da saúde com a natureza e com forças sobrenaturais, provenientes de rituais indígenas considerados sagrados para o núcleo, que ainda hoje reconhece na sua formação de valores a origem da saúde nas mais variadas formas espirituais. Concomitantemente, se observa o desconhecimento de valores da humanidade, na subtração social ocidental de parte da condição humana existente no Brasil.

²¹ FIGUEIREDO, 2012, p. 2-5.

²² CUNHA, 1987, p. 104.

²³ ALBUQUERQUE, 2008, p. 198.

Como entender o Desenvolvimento de crianças e adolescentes reais, que tem lugar num dado contexto familiar, que se insere, por sua vez, numa dada formação sócio-cultural concreta? Antes de mais nada é preciso entender que as ditas formações e as famílias que nelas vicejam são permeadas por dois processos simultâneos de diferenciação: um processo de diferenciação social e um de diferenciação cultural. Em muitas sociedades, e na nossa em particular, a diferenciação cultural, falar de progresso em direção à humanização do Homem, coexiste com a diferenciação social, falar de retrocesso, o que dá lugar a um conflito desagregador no Sistema como um todo. Em uma formação sócio-cultural como a brasileira contemporânea, este conflito reveste-se de tons dramáticos na medida em que somos aguda e simultaneamente afetados pelos dois processos de diferenciação. Temos, com efeito, uma importante parcela da população vivenciando processos de diferenciação cultural: as mulheres, as minorias sexuais, as diversas subculturas religiosas, os grupos alternativos no campo das práticas de saúde, etc. Mas temos, ao mesmo tempo, uma outra e mais expressiva parcela da população não ou mal escolarizada, vivendo em condições subumanas de habitação, submetida a intenso processo de exploração nas fábricas ou serviços, etc. (LEFÈVRE, 1994, p. 48)²⁴

Nessa perspectiva, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 optou por uma corrente de universalismo forte, contudo, segundo Jack Donnelly ao apreciar a ordem, se pode insistir em um relativismo cultural fraco “que é, por sua vez, um razoavelmente forte universalismo”. Dessa orientação decorre a necessidade de ser permitir grau limitado nas variações culturais, no modo e na interpretação de direitos da humanidade, os direitos humanos são relativamente universais.²⁵

Fato é que as diversas abordagens culturais fazem parte da história brasileira e contribuíram para a formação social heterogênea, o que reflete na autodeterminação de povos, identificação com culturas primitivas e no reconhecimento do “nos” e do outro, em preservação da dignidade da pessoa humana.

Esse processo fez parte da concepção e reconhecimento da saúde por intermédio das representações culturais²⁶, pois “tudo aquilo que o espírito humano

²⁴ LEFÈVRE, 1994, p. 48.

²⁵ DONNELLY, 1989, p. 124.

²⁶ Foi diante desse contexto que em 1521 D. Manoel baixa o Regimento do Físico-Mor e do Cirurgião-Mor do Reino, e instituindo os Comissários-Delegados nas Províncias, inclusive no Brasil; que em Portugal, os almotacéis eram encarregados da saúde do povo, para verificação dos gêneros alimentícios e suas condições de preservação, com extensiva legislação durante o Brasil-Colônia sobre as vigentes positivadas em Portugal; que em 1744 o Conde de Galvêas por determinação de D. João V recebeu as atribuições dos Comissários-Delegados, sobre a obrigatoriedade de aceitar a Delegação de Físico-Mor; que em 1782 houve a instituição da junta do Protomedicado com atribuições semelhantes às do Físico-Mor; que em 1808 houve a criação da primeira organização nacional de saúde pública no Brasil e o cargo de Provedor-Mor de Saúde da Corte e do Estado do Brasil, que resultou nos Serviço de Saúde dos Portos, com delegados estatais, conforme Alvará sobre regimentos e jurisdição do Físico-Mor e Cirurgião-Mor e seus delegados de 23 de novembro de 1808; que em 1828 houve a promulgação da Lei de Municipalização dos serviços da Saúde.

projeta fora de si, modelando a natureza à sua imagem, é que vem a formar paulatinamente o cabedal da cultura”.²⁷

Joaquim Herrera Flores, ao tratar de um “universalismo de confluência” apresenta-o como primeiro passo para identificação desse ponto em comum com o relativismo cultural, com a racionalidade de não ser possível concluir uma fórmula universal para diferentes opções relativas de direito. Se trata de um entrecruzamento e não uma sobreposição.²⁸

Em virtude do multiculturalismo brasileiro, a chancela de direitos deve orientar não apenas as práticas nacionais, mas também deve se colocar a nível internacional, abranger o particular e o coletivo pelo valor que possui em sua dignidade, como um dever de solidariedade por parte de cada Estado.

2.3 A proteção da saúde pública nas constituições brasileiras

2.3.1 Constituição Federal de 1824

A primeira constituição brasileira, denominada Constituição Política do Império do Brasil, foi outorgada em 25 de março de 1824 com viés liberal decorrente da revolução francesa de 1791.

Teve por pilares a monarquia, voto censitário e não secreto, eleições indiretas, reconhecimento do catolicismo como religião oficial e submissão da Igreja ao Poder Estatal. Neste período identificou-se a separação em quatro poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.

A carta constitucional possibilitou ao Brasil a previsão legal de liberdade a colonização, com uma declaração de direitos individuais e garantias que foram, em sua maioria, ratificadas nas constituições vindouras, dentre elas a saúde pública, de forma muito discreta e reconhecida como um bem jurídico individual²⁹.

²⁷ REALE, 2012, p. 209.

²⁸ FLORES, 2002, p. 227.

²⁹ Segundo Afonso Arino de Melo Franco, no capítulo de direito e garantias individuais, ou ainda capítulo dos direitos públicos subjetivos, a Constituição de 1824 atinge altos níveis de cultura em tempos de ascensão liberal e da Revolução Industrial; à época do apogeu do individualismo no Direito. As garantias asseguradas pelo Estado visaram precipuamente a proteção dos direitos do indivíduo, a segurança e a sua liberdade individual. O Direito Constitucional estava longe da Democracia, na qual o Estado tomou para si, ao lado da defesa dos direitos individuais o encargo de assegurar certos direitos sociais, colocados em risco pela competitividade do capitalismo. (FRANCO, 2018).

Poucas são as descrições do termo “saúde” no texto legal de 1824, contudo é possível notar do corpo legislativo pilares que indiretamente sustentaram a previsão à saúde de forma pontual e tímida. Isto porque a tutela da saúde foi inserida no artigo 173, junto ao rol de garantias dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, apenas em dois de seus incisos.

Nessas previsões constitucionais, o legislador deixa clara a intenção de preservar direitos sanitários e a saúde pública, denominada como “socorros públicos”. Esta é a primeira previsão constitucional que abarcou o direito à saúde.

Segundo Flávio Martins, a garantia dos socorros públicos se deu em conjunto com a previsão constitucional do direito à instrução primária gratuita e foi um marco de positividade dos direitos sociais.³⁰

A preocupação inicial do legislador também se volta a questões sanitárias dos ambientes prisionais, especificamente quanto a forma de garantir o direito à limpeza, espaços arejados e a separação dos réus conforme a natureza dos delitos infringidos, o que hoje corresponderia não apenas a saúde física dos corpos daqueles que estão submetidos aos estabelecimentos penais, mais a saúde mental em decorrência da superpopulação carcerária.³¹

[...] embora fosse marcadamente uma constituição liberal, na Constituição de 1824 poderia ser encontrado, ainda que de forma tênue, o primeiro direito social constitucional brasileiro: a garantia dos socorros públicos e o direitos instrução primária gratuita (art. 179, incisos XXXI e XXXII).

Por sua vez, o artigo 124 tutelou as relações de trabalho, cultura, indústria e comércio, resguardou o livre exercício dessas atividades, desde que não se violasse os costumes, a segurança e a saúde dos cidadãos.³²

A disposição de resguardo a um bom ambiente de trabalho, foi marco da construção de direitos de ordem trabalhista e incentivo a construção legislativa futura quanto a proteção dos valores sociais ao trabalho.

³⁰ MARTINS, 2020.

³¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. (BRASIL, 1824).

³² Art. 124 – “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, a segurança e Saúde dos cidadãos”. (BRASIL, 1824).

Com previsões delineadas, a “Constituição brasileira do Império, propiciaria ao legislador campo suficiente para estabelecer, constitucionalmente, a legislação específica de saúde que fosse indicada”³³.

Contudo, desde 1.500 os encarregados da saúde originários de Portugal - almotaceis, verificavam a organização sanitária alimentícia. E, em 1521 D. Manoel concedeu a outorga do Regimento do Físico-Mor e do Cirurgião-Mor do Reino, com a incumbência de licenciar e graduar os físicos ao exercício de atividades curativas, com poderes extensivos à aplicação de punição contra aqueles que violassem o regramento.³⁴

Paralelamente, importante a menção sobre alguns legislativos da saúde que se delinearão de forma gradual durante a Monarquia, embora não consagrados junto ao texto constitucional.

2.3.1.1 Principais legislações sanitárias de 1828 a 1846

O Estado enquanto centro organizacional do Poder fortaleceu os atos de positivação de direitos, que propiciou o início da formação constitucional da saúde perante as normas brasileiras advindas de regramentos sanitários portugueses³⁵.

Oportuno ressaltar que as legislações anteriores a constituição de 1824 asseguravam a proteção sanitária para evitar o contágio entre passageiros em embarcações, mercadorias oriundas dos portos do Rio de Janeiro e demais cidades litorâneas. Tais atribuições eram desempenhadas pelo Provedor-mor de Saúde da Corte e Estados do Brasil, criado pelo Príncipe Regente em 1808.³⁶

³³ RODRIGUES, 1977, p. 7.

³⁴ RODRIGUES, 1977, p. 3.

³⁵ As principais finalidades da legislação eram o controle de doenças, em especial as degenerativas, transmissíveis, mortalidade materna e de crianças, e assistência curativa. (*Ibid*, p. 3.).

³⁶ Foi o Decreto de 28 de julho de 1809, que estabeleceu o cargo de provedor-mor da Saúde da corte e Estado do Brasil, ocupado, primeiramente, pelo médico português Manoel Vieira da Silva Borges e Abreu que era o conselheiro e fidalgo da Casa Real e já desempenhava a função de físico-mor do Reino e domínios. O decreto desvinculou a função de provedor-mor da inspeção das câmaras municipais e estabeleceu sob sua jurisdição e de seus delegados a conservação da saúde pública no Brasil. O físico-mor tinha dentre suas obrigações a de regular as quarentenas dos navios provenientes de portos estrangeiros, em especial os dedicados ao tráfico negreiro, e ordenar as verificações a serem realizadas sobre os mantimentos e gêneros alimentícios, com exames e verificações nos matadouros e açougues públicos. Essa jurisdição incluía a corte e as demais capitânias. (ABREU, 1900).

Em 1810 surgiram as vigilâncias das boticas e em 1811 houve a criação da Junta de Instituição Vacínica sob a direção do Intendente Geral da Corte e do estado do Brasil e do Físico-Mor.

Oportuno mencionar a influência da constituição portuguesa na formação do estado brasileiro, especificamente na Constituição de 1824, artigo 240, que consagrava o apoio das Cortes aos serviços assistenciais prestados pelas casas de misericórdia, hospitais civis e militares, o que representava indicativos de conversão do Estado liberal rumo ao Estado social.³⁷

A fiscalização do exercício das artes de curar até 1828 seguia os moldes adotados na sede do império português, sendo a Fiscatura-mor extinta poucos anos após a independência política do Brasil. Não era raro que os processos da Fiscatura-mor, sobretudo aqueles datados dos primeiros anos de sua existência, fizessem referência aos regimentos de 1521, 1631 e 1742. Todos os que exerciam qualquer atividade relacionada às artes de curar – do médico ao curandeiro e ao curador de chagas ou do vício de embriaguez, por exemplo – deveriam pedir autorização para exercer sua prática [...] Nem todos, contudo, se dirigiam à Fiscatura-mor. Médicos, cirurgiões e boticários costumavam oficializar mais suas atividades do que sangradores, parteiras e curandeiros. Certamente, a maior proporção de oficializados do primeiro grupo relacionava-se ao fato de estarem mais sujeitos à fiscalização, pois suas atividades seriam mais visíveis à instituição.³⁸

A higiene pública e a estruturação do saneamento, por sua vez, ocorreram com as transformações advindas da transferência da Corte portuguesa, em 1808. Somente quando a Medicina se voltou para uma visão social ao controle sanitário, é que o espectro da saúde passou à conquistar lugar entre os mecanismos de defesa social.³⁹

Como já registrado, a positivação legal que antecede a promulgação da carta constitucional de 1824, se origina da legislação Portuguesa com tímidas iniciativas de tutela da saúde pública praticadas pelo Estado, com viés de bem jurídico individual, o

³⁷ As Cortes e o Governo terão particular cuidado da fundação, conservação e aumento de casas de Misericórdia e de hospitais civis e militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos, e, bem assim, de rodas de expostos, montepios, civilização dos Índios e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade. (PARLAMENTO, 1822).

³⁸ Regimento do Fysico Mor de 25 de fevereiro de 1521; Regimentos do Cirurgião Mor do Reino de 12 de dezembro de 1631 e 20 de agosto de 1740; Regimento que devem observar os comissários delegados do Físico-mor do Reino no Estado do Brasil de 16 de maio de 1742. (PIMENTA, 2019).

³⁹ Considera, assim, que embora a saúde da população, especialmente no combate à lepra e à peste, e a existência de algum controle sanitário em relação aos portos, ruas, casas e praias, tenha sido objeto de atenção da administração portuguesa em fases anteriores, a transformação do objetivo da medicina, da doença para a saúde, irá ocorrer somente no século XIX. (NUNES, 2000, p. 251-264).

qual faz parte da composição legislativa de tutela e efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil.

Ainda, de forma paralela as disposições constitucionais, as questões sanitárias fizeram parte da construção da maioria das leis que vigoraram durante os anos de vigência da Constituição Federal de 1824.

Em 1828 houve a publicação do Decreto Imperial que abordou os serviços de Saúde Pública de competência municipal e em razão de sua ineficácia, aboliu os cargos de Provedor-mór da Saúde, de Physico-mór e Cirurgião-mór do Império⁴⁰. Após a independência, o cargo de provedor-mor ficou subordinado à Secretaria do Estado dos Negócios do Império e Estrangeiro.

As bases tecnocientíficas com a perspectiva de concretizar uma nação civilizada ainda se firmou com o desenvolvimento das atividades médicas no Brasil Imperial e conclamou os médicos brasileiros para a construção de uma medicina brasileira em uma nação livre e independente. Assim, houve a instituição da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro em 30 de junho de 1829.⁴¹ Contudo, foi com a edição decreto regencial de 08 de maio de 1835 que houve a instituição de novos estatutos divididos nas seguintes seções: medicina, cirurgia e farmácia, com a inclusão do recebimento de subvenção pública com esta instituição.⁴²

A normativa advinda do decreto regencial supra, demonstra o início do custeio da saúde pública com os recursos públicos, originários do Tesouro Nacional.

⁴⁰Art. 1º Fica abolido o lugar de Provedor-mór da Saude; e pertencendo ás Camaras respectivas a inspecção sobre a saude publica, como antes da criação do dito lugar. Art. 2º Ficam abolidos os lugares de Physico-mór, e Cirurgião-mór do Imperio. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei de 30 de agosto de 1828**. Extingue os lugares de Provedor-mór, Physico-mor e Cirurgião-mór do Imperio, passando para as Camaras Municipaes e Justiças ordinarias as attribuições que lhes competiam. (BRASIL, 1828).

⁴¹ A Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro foi criada em 30 de junho de 1829. Os seus estatutos, inspirados nos regulamentos da Academia de Medicina de Paris, tinham como objetivo principal as questões de saúde pública relativas às inspeções sanitárias em geral. junho de 1904, à rua General Justo, 365, na cidade do Rio de Janeiro, onde permaneceu até hoje. (SOCIEDADE DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO, s.d.).

⁴² O decreto imperial que transformou a Sociedade em Academia Imperial de Medicina, em 1835, organizou a instituição sob novos estatutos, dividindo-a em seções de medicina, cirurgia e farmácia, e incluiu o recebimento de subvenção pública. Ao final daquele ano a Academia já ocupava novas instalações e iniciava a publicação da *Revista Médica Fluminense*, que em 1841 passou a se intitular *Revista Médica Brasileira*, na expectativa de atender ao esforço de unificação dos médicos do país em torno da Academia e de aproximar as diversas províncias ao poder central, explicitando a proposta de construção de uma medicina de cunho nacional. Apesar de seu relacionamento com o governo, e mesmo de sua dependência em relação a este, a instituição expressava, em suas publicações, constantes críticas à inércia das autoridades, no que dizia respeito às doenças e às instituições científicas. (FERNANDES, 2004).

O Serviço de Saúde somente retornou à competência privativa do Ministério do Império por intermédio do Decreto n. 273, de 25 de fevereiro de 1843 com atribuições fixadas ao Official-Maior.⁴³

Segundo consta do artigo 1º, houve a instrução das Secretarias com o estabelecimento das responsabilidades do Official-Maior especificamente à Secretaria de Estado dos Negócios do Império, em sua 2ª Seção e ordenava ao Oficial a Instrução Pública, Obras Públicas, Saúde Pública, Polícia Civil, e Estabelecimentos de Caridade.⁴⁴

Posteriormente, em 1849, o Governo Imperial assumiu a responsabilidade do serviço sanitário, especificamente na cidade do Rio de Janeiro, em virtude da identificação de grande proliferação da Febre Amarela⁴⁵, para resolução do problema houve a criação de uma Comissão Central de Saúde Pública e as comissões Paroquiais.⁴⁶

O surto da febre amarela é um claro exemplo da desorganização e ineficiência, bem como precariedade sanitária que assolava o país. E, por esse motivo, houve a elaboração do decreto 598 de 14 de setembro de 1850.

Esse decreto estabeleceu a junta de Higiene Pública, com a finalidade de resolver os problemas sanitários do Império, adoção de medidas em prol da salubridade pública, indicação de medidas necessárias à saúde (posteriormente convertidas em posturas do Governo), exercício de polícia médicas nas embarcações pelos encarregados da saúde dos portos, boticas, lojas de drogas, mercados, armazéns e em todos os estabelecimentos e casas onde se pudesse conceder a Saúde Pública.⁴⁷

⁴³ SENADO, 1843.

⁴⁴ art. 1º Os trabalhos da Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio serão executados pelo Official Maior, e pelas seguintes Secções, em que fica dividida a Secretaria.

1ª Secção: da Côrte, Graças, Administração, e Assembléa Legislativa.

2ª Secção: de Instrucção Publica, Obras Publicas, Saude Publica, Policia Civil, e Estabelecimentos de Caridade. (SENADO, 1843).

⁴⁵ Segundo relata o professor Dr. Olair Franco, quando os conquistadores europeus chegaram às Antilhas, entraram em contato, com uma doença nova: a febre amarela. Todavia o mesmo não aconteceu com os colonizadores que vieram para o Brasil. Nas crônicas da época, não se encontram referências a qualquer doença que nos permita identificar como sendo o mal amarelíco. Os doentes eram segregados longe da população e os sepultamentos em covas distantes com não menos de cinco palmos de profundidade. Sobre as covas se faziam tres dias do fogueira a custa das rendas do Senado, com posterior colocação de ladrilho, de modo que delas não saísse vapores. Ministério da Saúde. Departamento Nacional de Endemias Rurais. (FRANCO, 1969).

⁴⁶ RAEFFRAY, 2005. p. 152.

⁴⁷ Art. 3º Fica tambem creada huma Junta de Hygiene Publica, a qual será composta de hum Presidente da nomeação do Governo e dos Cirurgiões-móres da Armada, e do Exercito, do Inspector do Instituto Vaccinico, e do Provedor da Saude do Porto do Rio de Janeiro, servindo de Secretario o do Instituto

Em 1885, enfatizada ainda a mesma situação sanitária precária do Rio de Janeiro, consolidou-se uma reforma nos Serviços Sanitários do Império: divididos em Serviço Sanitário Terrestre e Serviço Sanitário Marítimo. Instituiu-se, então, o Conselho Superior de Saúde Pública, para normatizar as questões de higiene e salubridade.⁴⁸

Feitas essas considerações sobre a preocupação que se dispndia com a salubridade pública, em 3 de fevereiro 1886, houve a publicação do decreto 9.554, que estabeleceu o Conselho Superior de Saúde pública, o qual fez parte dessa reorganização sanitária do Império.

Contudo, o Secretário de Negócios do Império, Barão Ambrósio Leitão da Cunha (citar quem era), trouxe a conhecida Reforma de Mamoré, pois a situação de saúde do Rio de Janeiro com a recorrência das epidemias afetava a capital do império e prejudicava sua economia.⁴⁹

Para tanto, em 1886 o Conselho Superior de Saúde Pública emitiu parecer sobre a suspensão das medidas preventivas em relação à cólera e sobre as condições sanitárias das habitações coletivas, ou seja, os chamados cortiços.⁵⁰

Segundo o artigo 26 do decreto supra, havia delegados de higiene, que desempenhavam diversas funções sanitárias, dentre elas: vacinação semanal; exames as amas de leite para avaliação de suas condições de saúde, com elaboração de exames laudos e resultados; verificação de óbitos ocorridos nas casas de saúde em épocas epidêmicas, bem como nas casas particulares, com a ciência dos moradores, fazendo a declaração e certificados de mortes pelos médicos assistentes; fiscalização das normas de higiene nas construções habitacionais, com autorização

Vaccinico, ou hum dos da Inspecção da Saude do Porto, como o Governo designar. Ficão incorporados nesta Junta os estabelecimentos da Inspecção de Saude do Porto do Rio de Janeiro, e do Instituto Vaccinico.

Art. 4º São attribuições da Junta:
 § 1º Propor ao Governo todas as medidas, que julgar necessarias ou convenientes a bem da salubridade publica, e informar sobre as que lhe forem indicadas pelo Governo.
 § 2º Entender na effectiva execução das Posturas da Camara Municipal, relativas a objecto de salubridade publica, e indicar-lhe as medidas, que julgar necessarias ou convenientes para que se convertão em Posturas, recorrendo para o Governo nos casos do Art. 73 da Lei do 1º de Outubro de 1828, quando não for attendida.
 § 3º Exercerá policia medica nas visitas das embarcações até agora encarregadas á Inspecção da Saude do Porto, e nas que devem fazer-se nas boticas, lojas de drogas, mercados, armazens, e em geral em todos os lugares, estabelecimentos, e casas d'onde possa provir damno á Saude publica. (SENADO, 1850).

⁴⁸ GALVÃO, p. 18.

⁴⁹ RAEFFRAY, 2005, p. 153.

⁵⁰ CABRAL, 2020.

para suspender as obras que atuassem em desconformidade com as normas de posturas municipais; exames nas casas de saúde, maternidades e casas declaradas pobres, como os cortiços, podendo propor o fechamento destas à Inspetoria Geral quando identificados defeitos insanáveis; inspeção higiênica dos arsenais, quartéis, prisões, asilos e outros estabelecimentos públicos, como as Santa Casa da Misericórdia, bem como hospitais casas de saúde cemitérios, maternidades e depósitos de cadáveres; visitas em farmácias, drogarias, fabricas de águas minerais, de vinhos artificiais, outras fábricas que poderiam danificar a saúde pública, ordenando a remoção das consideradas perigosas, o saneamento das insalubres e o emprego dos meios apropriados para tornar toleráveis, conforme dispõe o texto legal; visitas em matadouros, fiscalizações em serviços de esgoto; exercício de vigilância sobre os serviços de limpeza e higiene das ruas; desinfecção das moléstias, dentre outras.⁵¹

Aos delegados ainda era de competência a aplicação de multas aos infratores, com elaboração de relatório anual e remessa ao inspetor de todas as ocorrências registradas, com indicação dos melhoramentos apontados.⁵²

Nesta linha legislativa, houve a publicação do decreto n. 169, de 1890, que além de estabelecer o Conselho de Saúde Pública, reorganizou o serviço sanitário terrestre. Isso resultou no fortalecimento da atuação da Inspetoria-Geral de Higiene nos Estados, com a criação deste cargo para a execução dos serviços na capital federal, por meio de delegados de higiene. A mudança também alterou a organização das inspetorias de higiene com a presença de seus delegados nos estados.⁵³

O Conselho de Saúde Pública se subordinava à Secretaria de Estado dos Negócios do Interior e era formado pelos inspetores-gerais de higiene e de saúde dos portos, cirurgiões-mores do Exército e da Armada, pelo diretor e lente de higiene da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, pelo lente de construção e arquitetura civil da Escola Politécnica, presidente da Academia Nacional de Medicina, e por um membro do Conselho de Intendência Municipal. Ainda, pelo inspetor-geral das obras públicas, o engenheiro sanitário da Inspetoria-Geral, o engenheiro fiscal da

⁵¹ CAMARA DOS DEPUTADOS, 1886.

⁵² CAMARA DOS DEPUTADOS, 1886.

⁵³ *Id.*, 1890.

Companhia City Improvements e o diretor do serviço sanitário da Santa Casa da Misericórdia.⁵⁴

Diversas são as normativas que inovaram sobre proteção e fiscalização da saúde paralelas a vigência constitucional, e embora a constituição de 1824 tenha tratado do bem jurídico de forma discreta e sem assumir a responsabilidade de promoção da saúde aos povos, as peculiaridades vivenciadas na época demonstram a opção feita pelo legislador no enfrentamento do tema, inclusive como medida que influenciou na manutenção da economia do país.

Outrossim, no que diz respeito as pandemias e moléstias deste período temporal, aproximadamente entre os anos de 1811 a 1905 a preocupação governamental foi além do surto de febre amarela, e decorreu de outro problema de saúde pública que merecia atenção: a varíola.⁵⁵

A disponibilização de vacina de origem animal para contenção da varíola se deu em 1804, e referida regra de vacinação se deu ano de 1811 com a criação de juntas aos Institutos Vacínicos para imunização da população. Posteriormente, em 17 de agosto de 1846, houve a elaboração do Decreto 464, com a reforma do Instituto Vacínico do Império e seu regulamento.⁵⁶

Referido Decreto instituiu a composição do Instituto vacínico, as atribuições do inspetor geral, as atribuições da junta vacínica da corte, regulamentou as vacinações e definiu as atribuições dos comissários municipais e paroquiais.⁵⁷

Interessante menção ao artigo 42⁵⁸ do texto legislativo, que abordou o dever de vigilância de todos por os encarregados sobre as vacinações e determinou o esclarecimento governamental sobre todas as medidas adotadas para generalizar a eficácia das vacinas a toda a população, o que deixa evidente a preocupação de promoção da saúde pública voltada ao combate das moléstias da época, pois foi por meio deste instrumento legal que todo o Império do Brasil se submeteu a obrigatoriedade da vacinação-variólica.

⁵⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS, 1890.

⁵⁵ RAEFFRAY, 2005. p. 153.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387772/publicacao/15632362>
<https://legis.senado.leg.br/norma/387772/publicacao/15632362>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵⁸ Art. 42. Todos os encarregados da propagação da Vaccina terão a mais escrupulosa vigilancia em tudo, quanto possa interessar a tão importante serviço; e procurarão esclarecer o Governo sobre todas as medidas, que possam concorrer para generalisar, e tornar efficazes a toda a população os beneficios da Vaccina.

O Decreto nº 2.449, de 1º de fevereiro de 1897 unificou os serviços de higiene da União (Instituto Sanitário Federal e a Inspectoria Geral de Saúde dos Portos), que passaram a ser dirigidos e executados por uma repartição única, denominada Directoria Geral de Saúde Pública, conforme consta de seu artigo 1º.⁵⁹ E, a Lei 1.261 de 31 de outubro de 1904, tornou obrigatória, em toda o país a vacinação e a revacinação contra a varíola.⁶⁰

Contudo, a assistência dos demais doentes identificados no Brasil Império, ainda era de responsabilidade de instituições particulares, de caráter religioso e sem fins lucrativos, em sua maioria.⁶¹

Quando a análise se volta ao tratamento de pessoas identificadas como doentes mentais, o tratamento era muito mais severo, com incalculáveis meios de punição no trajeto histórico da humanidade. A forma de contenção de pessoas com algum tipo e inimizabilidade sempre se associou à ideia de segregação, especialmente dos menos afortunados.

Nas palavras de Michel Foucault, os designios dos loucos se ligavam aos exílios rituais e a um tratamento humilhante, eles eram confiados aos marinheiros, para que não ficassem vagando pelos muros das cidades. O seu embarque em navios sem desembarque representa uma passagem absoluta de exclusão por um caminho sem volta. A loucura e o louco tornam-se personagens representativos de ameaça, irrisão e mediocridade dos homens o estigma do passado representa a falta, esquecimento de virtudes e conduz a um estado de cegueira, registrado pelo filósofo como “o engando do engano”.⁶²

A realidade não foi diferente em solo brasileiro, onde os doentes mentais eram duramente assistidos, fator que se alastrou no decorrer dos anos, e ainda hoje, embora haja modificações legais, trata-se de um tema que precisa ser enfrentado.

No período colonial, não havia tratamento de saúde de pessoas especiais e o tratamento seguia a política de preferência econômica, onde os menos afortunados eram submetidos à cadeia quando reconhecido altos níveis de agitação do indivíduo, local em que sucumbiam pelos maus tratos dispendidos.

⁵⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS, 1897.

⁶⁰ BRASIL, 1904.

⁶¹ RAEFFRAY, 2005, p. 154.

⁶² FOUCAULT, 2019, p. 32.

A situação financeira era fator determinante para dizer se a pessoa especial seria submetida a tratamento residencial, se poderia ser encaminhada à Europa para outros tratamentos, ou então, aos que não dispndiam de recursos, eram dispensados nas ruas da cidade, isso se estivessem em condições de conviver em sociedade, caso contrário, lhes restavam a política de segregação.⁶³

Segundo dados históricos, em 1830 a Comissão de Salubridade da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro apresentou publicamente sua indignação em face à desumanidade de tratamento dada as pessoas com algum tipo de deficiência, eis que pequena parcela do Hospital da Misericórdia se destinava ao tratamento dos dentes mentais.⁶⁴

Trata-se de período em que o tratamento de pessoas especiais estava se iniciando, e por ocasião da sagração de D. Pedro II, houve a criação de um anexo a Santa Casa com a finalidade internamento dos inimputáveis.

Hospício de Pedro foi criado pelo decreto n. 82, em 18 de julho de 1841, com a seguinte redação:

Desejando assignalar o fausto dia de Minha Sagração com a criação de um estabelecimento de publica beneficencia: Hei por bem fundar um Hospital destinado privativamente para tratamento de alienados, com a denominação de - Hospicio de Pedro Segundo -, o qual ficará annexo ao Hospital da Santa Casa da Misericordia desta Côrte, debaixo da Minha Imperial Protecção, Applicando desde já para principio da sua fundação o producto das subscrições promovidas por uma Commissão da Praça do Commercio, e pelo Provedor da sobredita Santa Casa, além das quantias com que Eu Houver por bem contribuir.

Candido José de Araujo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em dezoito de Julho de mil oitocentos quarenta e um, vigesimo da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.⁶⁵

Denota-se que em 1841 D. Pedro II, criou o Hospício.

Em suma, a classificação do direito à saúde, do modo como se encontrava na legislação constitucional não atendia aos anseios populares e muito menos as expectativas sociais, afigurando-se como um clássico exemplo de ausência de

⁶³ PONTE, 2007, p. 16.

⁶⁴ RAEFFRAY, 2005, p. 154.

⁶⁵ SENADO, 1841.

comandos constitucionais suficientes a determinar a obrigatoriedade de tutela do bem jurídico.

O conceito de proteção à saúde que a constituição de 1824 trouxe se apresentou obsoleto e ineficaz contra os fenômenos, inclusive criminais, que o mundo vivenciava, por esse motivo, quando se debruça sobre o passado, é possível identificar que os regramentos que estruturaram a proteção da saúde se formaram em regramentos sanitários, junto ao aparato de administração governamental.

Por esse motivo, a formação legislativa citada assumiu papel particular indissociavelmente ligada a tutela do bem jurídico saúde para manutenção da ordem econômica, pois o bem que buscava proteger, inclusive, a título de prevenção, era de natureza individual, vinculando assim a proteção da sanitária aos direitos de primeira geração ou dimensão, ou seja, aos direitos civis e políticos.

2.3.2. A Constituição de 1891

Com o advento da República, em 1889, o legislador brasileiro, como paradigma nos Estados Unidos da América, estruturou o país com inspiração norte-americana com uma constituição outorgada em 1891, contudo, sem qualquer menção a tutela constitucional da Saúde.⁶⁶

A previsão da Constituição de 1891 restringiu-se exclusivamente aos direitos civis e políticos⁶⁷, e ignorou a regulamentação já existente sobre a importância da saúde dirigida para a defesa da terra, para a saúde do povo em decorrência do aumento da produção e das doenças.

Com efeito, diversas ações reguladoras já estavam em fase de construção no bojo da sociedade brasileira, como as atividades dos cirurgiões e a criação das primeiras escolas de medicina. Um exemplo do avanço sanitário, onde no ano de 1808 foi criada a Escola de Cirurgia na Bahia e no Rio de Janeiro a criação da cátedra de anatomia no Hospital Militar, complementada pela medicina operatória, em 1809.⁶⁸

No entanto, o momento vivenciado pelo Brasil é oposto a soberania popular, compreendida a ditadura republicana como melhor modelo de governo. Neste período houve a proclamação da república em 15 de novembro de 1889. A formação estatal

⁶⁶ RODRIGUES, 1977.

⁶⁷ BRASIL, 1891.

⁶⁸ NUNES, 2000.

não se preocupava com uma política econômica voltada para o seu desenvolvimento, mas aos agroexportadores e um dos principais movimentos que fomentara a queda da Monarquia e implantação da República foi o abolicionista, com a escravidão abolida em 1888.⁶⁹

Esta constituição, portanto, não tratou de problemas da saúde e somente em 1930 é que os direitos sociais começaram a se solidificar, com a formação de uma política nacional de saúde, mesmo que de forma restrita e discreta.⁷⁰

No campo da assistência médica individual, as classes dominantes continuaram a ser atendidas pelos profissionais legais da Medicina, isto é, pelos “médicos de família”. O restante da população buscava atendimento filantrópico através de hospitais mantidos pela Igreja e recorria à medicina caseira.⁷¹

No entanto, segundo Marcus Vinícius Polignano, os programas partidários nunca chegaram a se configurar em âmbito nacional e, das dezenove organizações políticas que atuaram até 1930, nenhuma ultrapassou a defesa de interesses regionais.⁷²

2.3.2.1 Principais legislações sanitárias de 1900 a 1933

A ausência de um modelo sanitário nacional deixava o país exposto a epidemias e, no início desse século, a cidade do Rio de Janeiro apresentava um quadro sanitário caótico, caracterizado pela presença de diversas doenças graves que acometiam à população, como varíola, malária, febre amarela, peste, as quais geraram consequências para a saúde coletiva.⁷³

Em 1921 foi aprovado o novo regulamento pelo Decreto n. 15.003, de 15 de setembro de 1921, conhecido como Reforma Carlos Chagas, que ampliou a cooperação do Governo Federal com os estados.⁷⁴ Tal regramento criou a Diretoria de Saneamento e Profilaxia Rural para combate às endemias rurais, aumentou suas ações e novos assuntos, como a criação da Delegacia de Higiene Profissional e

⁶⁹ RAEFFRAY, 2005, p. 150-151.

⁷⁰ ACURCIO, s.d.

⁷¹ CEFOR, s.d., p. 4.

⁷² POLIGNANO, s.d., p. 4.

⁷³ POLIGNANO, s.d., p. 4-8.

⁷⁴ BRASIL, 1921.

Industrial, subordinada à Diretoria dos Serviços Sanitários Terrestres, para a proteção da saúde dos operários, de acordo com a natureza de cada indústria.

Outrossim, houve a criação de dois novos serviços sanitários: da Marinha Mercante e dos Navios de Navegação e Cabotagem, que se subordinavam à Diretoria de Defesa Sanitária Marítima e Fluvial.⁷⁵ Trata-se da reestruturação do Departamento Nacional de Saúde, inovação que para a época não contava com as proteções positivadas, com órgãos especializados para o tratamento de tuberculose, lepra e outras doenças venéreas.

2.3.2.2 Constituição de 1934

A Revolução de 1930 colocou fim na política da classe dominante ligada à exportação do café, e a crise de 1929 afetou as exportações, com queda nos preços do café. Desta forma, foi impossível a manutenção de proteção aos preços desse produto, com a crise dos cofres públicos.⁷⁶

O período de tempo entre os anos de 1894 a 1934 compreende a fase de proclamação e eclosão da Revolução de 1930, com um governo militarista e composto por presidentes civis ligados ao setor agrário⁷⁷. Esse é o passo do primeiro período republicano que se definiu com a concentração política nas mãos de dois grandes partidos: Partido Republicano Paulista e Partido Republicano Mineiro, marcado pelo coronelismo eleitoral.⁷⁸

Nestes termos, aos direitos de liberdade enquanto “direitos de libertação do poder” e “direitos à proteção do poder contra outros poderes”, acrescem os direitos sociais, como “direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção”.⁷⁹ (MIRANDA, 2015, p. 448).

⁷⁵ BRASIL, 1923.

⁷⁶ ACURCIO, s.d.

⁷⁷ Conforme a doutora Maria Linhares, “do ponto de vista político, o período chamado de República Velha caracterizou-se pelo predomínio incontestado dos grupos Agrário, sob a hegemonia dos cafeicultores paulistas. Artífices do regime republicano em sua crítica à centralização monárquica acabariam por implantar, na prática, um regime político coerente com seus desígnios, consubstanciado na federação e baseado na maximização do poder das oligarquias estaduais, viabilizada a partir do coronelismo.”. (LINHARES, 2016, p. 308).

⁷⁸ NUNES JÚNIOR, 2020, p. 263-265.

⁷⁹ MIRANDA, 2015, p. 448

A Constituição de 1934, com influência da Constituição de Weimar, trouxe uma ampliação do rol dos direitos individuais e políticos, estabeleceu normas programáticas e atribuiu competência concorrente à União e aos Estados no cuidado da saúde e das assistências públicas.

A ampliação do Preâmbulo da Constituição de 1934 trouxe em seu bojo a incumbência estatal de promoção do progresso social e econômico, que influenciou em dimensão ética, cultural e econômica, atribuindo ao Estado a responsabilidade de promover os direitos sociais e bem estar aos cidadãos brasileiros. Os direitos assistenciais passaram a compor o texto constitucional e houve a positivação da competência concorrente da União e dos Estados em “cuidar da saúde e assistência públicas” pelo artigo 10, inciso II.⁸⁰

O texto constitucional garantiu também a assistência médica e sanitária aos trabalhadores e gestantes, sem prejuízo do salário emprego e assistência da previdência social.⁸¹

Por esse motivo, pode ser entendida como a Constituição brasileira que mais conferiu direitos assistenciais em prol da população, com maior tratamento do tema, até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Além disso, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante integraram dispositivos constitucionais específicos, conforme artigo 121, §1º, alínea h, da Constituição Federal de 1934.⁸²

Esta carta constitucional ainda conferiu à União, Estados e Municípios o dever de amparar a população vulnerável, a maternidade e a infância, promover a juventude e movimentos contra o abandono físico, moral e intelectual, com a adoção de medidas legislativas para diminuição de mortalidade e morbidade infantil, além de higiene social para evitar a propagação de doenças transmissíveis.⁸³

⁸⁰ BRASIL, 1934.

⁸¹ Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz. § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência medica e sanitária ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes de trabalho ou de morte. (BRASIL, 1934).

⁸² *Ibid.*

⁸³ Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas

Assim, a Constituição de 1934 influenciou sobremaneira o discurso constitucional para demonstrar a alfabetização e a educação, dentre elas a educação eugênica.

2.3.2.3 Principais legislações sanitárias de 1934 a 1937

Segundo Gilberto Hochman (2005, p. 129):

[...] as reformas da saúde pública acompanharam as oscilações políticas do Governo Provisório, período marcado pela instabilidade política e por sucessivas mudanças no comando do Ministério da Educação e Saúde Pública até a posse de Gustavo Capanema em 26 de julho de 1934.⁸⁴

O registro mais importante desse período de tempo no processo de construção institucional da Saúde Pública enquanto política do Estado foi a gestão de Gustavo Capanema como Ministro da Educação e Saúde Pública.

Em relação às ações de saúde coletiva, esta é a época do auge do sanitarismo campanhista.(...) No período 38/45 o Departamento Nacional de Saúde é reestruturado e dinamizado, articulando e centralizando as atividades sanitárias de todo o País. Em 1942 é criado o Serviço Especial de Saúde Pública - SESP, com atuação voltada para as áreas não cobertas pelos serviços tradicionais.⁸⁵ (CUNHA; CUNHA, 1998, p. 11-26).

Essa reforma possibilitou o engajamento político a um modelo mundial de garantia e proteção do trabalhador, com a assistência à saúde, entretanto voltada apenas para a proteção individual do trabalho.⁸⁶

Ressalta-se que nas primeiras cartas constitucionais é possível identificar a proteção da saúde como um socorro concedido ao cidadão pelo Estado. Com a evolução da forma de proteção e, conseqüentemente, com a carta constitucional de 1934, a proteção passa a ser um seguro para o trabalhador, e o plano da constituição deixa um estágio primitivo de assistência social e passa a compor a ideia de segurança social, com prestações assistenciais. Inclusive, em matéria previdenciária, houve a consagração do sentido social expressado por Afonso Arinos para evolução das constituições posteriores.

tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. (BRASIL, 1934).

⁸⁴ HOCHMAN, 2005, p. 129.

⁸⁵ CUNHA, J.P.P.; CUNHA, R.E., 1998, p, 11-26.

⁸⁶ RAEFFRAY, 2005. p. 171.

2.3.2 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 vivenciou o período regulado pela Ditadura, e o objetivo da Carta Constitucional se voltada a salvaguardar o fortalecimento do Poder Executivo.

Segundo Pilau Sobrinho (2003), a carta constitucional sequer se ateuve ao tema da saúde, pois sua principal preocupação era fortalecer o poder do Executivo, dando-lhe também atribuições do Legislativo e concentrando o poder na figura do presidente da República.⁸⁷

A Carta de 1937 teve como referência a Constituição polonesa de 1935, em decorrência disso podia ser entendida como uma constituição de viés fascista, inspirada no regime fascista italiano e alemão. Contudo, não se pode negar o crescimento do país no setor trabalhista com a consolidação das leis do trabalho e de direitos sociais como o salário mínimo.

Quanto ao direito à saúde, apenas os artigos 16, 18 e 137 continham previsões expressas desse direito social, positivando a competência da união para legislar sobre normas em proteção da saúde e a possibilidade dos Estados legislarem sobre o tema, caso não houvesse lei federal tutelando a matéria e o dever da legislação trabalhista na observância da assistência médica e higiênica ao trabalhador e gestantes, com período de repouso após o parto.⁸⁸

Ressalta-se que há autores, como Fernando Whitaker da Cunha, que negam a existência jurídica da Constituição de 1937, em razão de não ter sido submetida ao plebiscito previsto no seu artigo 187, possuindo apenas um valor histórico. Francisco Campos, que foi o principal autor da Constituição de 1937, em março de 1945, concedeu entrevista e afirmou que a carta constitucional era um documento que não

⁸⁷ PILAU SOBRINHO, 2003. p. 94.

⁸⁸ BRASIL, 1937.

podia “invocar em seu favor o teste da experiência”, pois não foi “posta à prova”, permanecendo “em suspenso desde o dia de sua outorga”.⁸⁹

2.3.3 Constituição Federal de 1946

Esta carta constitucional representa uma estrutura de proteção, especialmente dos direitos fundamentais tutelados pela constituição de 1934. Verifica-se da estrutura normativa dos direitos sociais como novidade legal a possibilidade de participação dos trabalhadores no lucro das empresas, benefício que, embora não tenha lei específica tratando do tema beneficiou a classe de trabalhadores do Brasil com a ampliação de direitos.

O artigo constitucional que tutelou o bem jurídico saúde foi o 5º, com a previsão de competência da União para legislar sobre a matéria, inclusive com a previsão específica de tutelar a proteção a saúde. Além disso, o artigo 157 também trouxe a possibilidade de proteção da assistência sanitária, hospitalar médica preventiva e assistência aos desempregados, bem como a previdência contra as consequências das doenças.

Denota-se que o viés individual na proteção da saúde ainda é mantido, especialmente em prol do trabalhador com poucas alterações quanto ao sistema sanitário também.

Um dado importante de registro é a crise do sistema de saúde de 1960. Com novas práticas médicas implementadas, evolução científica e tecnológica, maior utilização de medicamentos, houve a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, pois os segurados se formavam basicamente pelos trabalhadores com vínculos formais.⁹⁰

Essa unificação propiciou uma centralização de recursos e a assistência médica passou a abranger um maior número de segurados, quando em 1972 sobreveio a portaria 48 sobre a assistência médica dos beneficiários da Previdência. Assim, esse movimento proporcionou um desenvolvimento do setor privado como o principal administrador da assistência médica dos trabalhadores e suas famílias, e até

⁸⁹ PORTO, 2008, p. 116.

⁹⁰ BRASIL, 1960.

1963 a legislação sobre a saúde atingia apenas algumas populações integrantes do zoneamento urbano.⁹¹

2.3.6 Constituição Federal de 1967

A Constituição de 1946 foi oficialmente substituída pela Constituição de 1967. No entanto, desde o golpe militar, em 31 de março de 1964, tinha-se encerrado o ciclo constitucional capitaneado pela Constituição de 1946. Portanto, ao tratarmos da denominada “Constituição” de 1967 estaremos tratando de todas as normas que eram materialmente constitucionais desde 1964. Os militares quiseram manter uma aparência de legalidade na sua ação, para legitimar o regime ditatorial. Para isso, mantiveram formalmente a Constituição de 1946. Contudo, a Constituição não tinha mais a supremacia na ordem jurídica do país.⁹² (GROFF, 2008, p. 120).

Assim, houve a promulgação de 17 Atos Institucionais, regulamentados por 104 Atos Complementares com alto grau de centralização da administração e política do Estado Brasileiro.⁹³

A tutela da saúde nesta carta foi tratada por algumas emendas (n. 1, de 17 de outubro de 1969, n. 2, de 1972, n. 7 de 1977, e n. 24, de 1983) sem qualquer inovação na forma de tratamento desse bem jurídico ou reforma decorrente de ampliação deste direito social no corpo constitucional.

Com o crescimento da Medicina previdenciária, os investimentos na Saúde Pública diminuíram e, em 1968, houve a elaboração do Plano de Coordenação das Atividades de Proteção e Recuperação da Saúde. Por intermédio deste plano, o Governo assumiu a proteção da saúde coletiva e individual, sendo a primeira de responsabilidade do Ministério da Saúde, e a segunda, do Instituto Nacional da Previdência Social.⁹⁴

No entanto, a partir de 1974, houve o processo de abertura das políticas nacionais da saúde, com o Plano de Pronta Ação e do Fundo de Apoio do Desenvolvimento Social.⁹⁵ Trata-se do início da implantação do Sistema Único de Saúde, e diversos recursos passavam a ser destinados para o sistema com o reconhecimento de políticas habitacionais, saneamento ambiental, hospitais universitários; com a supremacia dos serviços médico-hospitalares de caráter

⁹¹ RAEFFRAY, 2005, p. 208.

⁹² GROFF, 2008, p. 120.

⁹³ RAEFFRAY, 2005, p. 212.

⁹⁴ *Ibid.*, 2005, p. 233.

⁹⁵ CHIORO, Arthur; SCAFF, Alfredo, s.d., p. 6.

individual; e a inauguração na década de 1970 do convênio-empresa (procedimento que possibilitou a empresa se responsabilizar pela assistência médica de seus empregados).⁹⁶

O militarismo trouxe diversas normas para a estruturação econômica e reestruturação do Sistema Único de Saúde, contudo os interesses da norma não deixavam de favorecer determinados grupos, o que modificou o sistema de saúde para um método gerador de renda, indicando a necessidade de reformulação da frente de combate e tutela efetiva da Saúde Pública, que foi tutelada pela carta constitucional de 1988.

3.3.7 Constituição Federal de 1988

A atual Constituição Federal trouxe em seu bojo o pluripartidarismo e observou a decadência dos direitos assistenciais destinados à proteção da Saúde Pública. Logo em 1981 houve a constituição do Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária, para sanar situações e igualar o tratamento na concessão de saúde à população que se concentrava no Sul e Sudeste do país.⁹⁷

A proteção da saúde passou a integrar a proteção primária na qualidade de um direito promocional, e a prevenção de doenças passou a integrar a finalidade do texto constitucional, que tutela não apenas um direito, mas um dever de amplo aspecto do Estado em promover a saúde para toda a população.

Trata-se do reconhecimento do direito à vida como essencial, eleito pelo constituinte com a importância tratada em capítulo próprio, o que demonstra o cuidado com o bem jurídico que se liga diretamente à dignidade da pessoa humana e constitui pilar do Estado Democrático e Social de Direito.

O reconhecimento da saúde como direito fundamental direciona a atividades obrigacionais estatais com prestações positivas e à formulação de políticas públicas sociais e econômicas para sua promoção, proteção e manutenção para a coletividade.

⁹⁶ RAEFFRAY, 2005, p. 240-243.

⁹⁷ RAEFFRAY, 2005, p. 260.

Nota-se o viés de bem jurídico coletivo e a proporção que o reconhecimento na qualidade de bem de todos que a saúde apresenta na norma constitucional, pois abrange todo e qualquer tipo de proteção a saúde que possa violar a vida humana.

Segundo Ingo Sarlet (2006), cabe ao Parlamento a competência legislativa de concretizar o direito à saúde conforme a previsão das normas constitucionais⁹⁸. Logo, este é o marco mais importante para a proteção do bem jurídico e para o reconhecimento, em especial, dos mandados de criminalização implícitos, que tutelam o dever de proteção abstraído da legitimação constitucional para o viés de proteção pela norma incriminadora.

⁹⁸ SARLET, 2006, p. 15.

3 PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

3.1 A proteção do bem jurídico como missão e função do Direito Penal

Primeiramente, é digno de esclarecimento que parte da doutrina trabalha as missões e funções do bem jurídico-penal em conceituações semelhantes, no entanto, há autores que diferenciam o termo “funções”, empregado pela doutrina penal, da palavra “missões”, do Direito Penal, com significações distintas.

Doutrinadores como Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Flávio Eduardo Turessi trabalham com concepções idênticas no que tange ao significado dos termos, mas, segundo Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, as funções são consequências inevitavelmente produzidas pela aplicação do sistema, enquanto missões refletem efeitos que o sistema sugere produzir.⁹⁹

Analisada a divergência de significações, é oportuno esclarecer que a doutrina se refere à palavra “funções” para demonstrar o que o Direito Penal tem que refletir. No entanto, há juristas que justificam sua preferência por um dos termos.

Winfried Hassemer (1989) leciona que o termo “função” não se trata da significação que melhor representa o Direito Penal, eis que, para a linguagem da Sociologia, função é a soma das consequências objetivas de uma coisa¹⁰⁰, o que essa coisa produz, querendo ou não. No Direito Penal, isso corresponde aos efeitos da aplicação do sistema penal e não à sua função; logo, o termo “missões” melhor representa as consequências desejadas pelo Direito Penal.¹⁰¹

Importante a diferenciação, pois, se consideradas, nem sempre as missões do Direito Penal correspondem às suas funções como deveriam, o que propicia a formação de diversas concepções do sistema penal, como a simbólica.

Embora o objeto principal da pesquisa não seja conhecer todas as missões e/ou funções do Direito Penal, é importante trazer à luz que a doutrina trabalha a defesa de bens jurídicos com uma dessas missões:

Mayor importancia tienen las discrepancias em torno a la determinación de la misión que el Derecho penal debe cumplir. Em este terreno son diferenciables tres posiciones: - La opinión mayoritaria considera que la misión del Derecho

⁹⁹ BUSATO, 2007, p. 25.

¹⁰⁰ HASSEMER, 1989, p. 99.

¹⁰¹ BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 25.

penal es la protección de bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas em peligro.¹⁰²

Esse posicionamento está destacado nas doutrinas de Claus Roxin, Diego Manuel Luzon Pena, Antonio Harcia Pablo de Molina, Winfried Hassemer, Francisco Munoz Conde, Nilo Batista e outros.

Em continuidade, oportuno mencionar que Hans Welzel ainda afirma ser missão do Direito Penal a proteção de valores elementares da atitude de caráter ético-social.¹⁰³ Note a dupla missão atribuída pelo autor:

Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade.¹⁰⁴

A ideia em si possui respaldo técnico científico, mas, segundo Munoz Conde, é digna de crítica no que tange à busca da proteção de bens jurídicos pela punição das lesões ou perigo de lesões, pois dirige as consciências e gera convicções nas pessoas.

Se reprovou a Welzel o fato de que ele dá um componente excessivamente ético ao Direito Penal ignorando sua missão protetora de bens jurídicos. Esta reprovação é em parte fundada, enquanto Welzel menciona como valores da atitude interna de caráter ético-social conceitos como finalidade, obediência, dignidade da pessoa etc. Mas já não é tanto, na medida em que Welzel também considera que 'a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos através da proteção dos valores ético-sociais [...]'.¹⁰⁵

A preocupação está nas consequências negativas que a adoção do posicionamento pode propiciar, o que motivou Hassemer a reinterpretar a posição de Welzel e concluir que o autor não visou proteger bens jurídicos como uma missão do Direito Penal, mas transmutar e ampliar essa proteção a âmbito social, uma vez que a proteção de bens jurídicos se dá com a proteção de valores da ação de caráter ético-social.¹⁰⁶

Entretanto, não se deve alimentar essa função pedagógica dada ao Direito Penal por intermédio da ameaça da pena, pois compete a outras esferas de controle

¹⁰² HASSEMER, 1989, p. 99.

¹⁰³ BUSATO, 2007, p. 25.

¹⁰⁴ WELZEL, 1997, p. 2.

¹⁰⁵ HASSEMER, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁶ HASSEMER, 1989, p. 101-102.

da sociedade a formação de valores, com mecanismos menos agressivos e para atingir o mesmo fim.¹⁰⁷

A missão do Direito Penal também foi compreendida como a confirmação do reconhecimento normativo por Gunther Jakobs (1998), que preconizou a pena como medida de prevenção geral. A pena será sempre uma reação à infração da norma, ocupando um papel de comunicar o Direito Penal e manter a norma como orientação.¹⁰⁸

Apesar de ser considerado discípulo de Hans Welzel, o penalista alemão Gunther Jakobs (nascido em 1904) é responsável por marcantes mudanças na dogmática penal, com a Teoria finalista da ação, mas não reconhece a legitimidade do Direito Penal na violação de bens jurídicos, e sim na vigência normativa.¹⁰⁹

Para Jackobs (1998), por entender a missão estatal como prevenção geral, não se pode entender também ser a missão do Direito Penal a de proteger bens jurídicos. Para melhor esclarecer, segundo o jusfilósofo, não se nega que a proteção de bens jurídicos ocupa o papel de estabilização da norma, mas o efeito é secundário decorrente da aplicação da norma e não de sua razão de existir. Para tanto, a figura do indivíduo deixa de ser o centro destinatário da norma e o eixo principal é ocupado pela própria norma.¹¹⁰

A crítica quanto ao posicionamento do autor supracitado que a doutrina divergente destaca é a de que o indivíduo deve ser justamente o ponto central do Direito Penal e não a norma em si, além do fato de independentemente da valoração de seu conteúdo, as normas menos democráticas possuirão igual sustentação em um sistema, o que justifica, inclusive, a atuação em qualquer sistema estatal. Este posicionamento não é o que se pretende com as teorias preventivas, mas o perigo a que as normas penais podem estar expostas, quando se fundamenta sua confirmação no reconhecimento normativo, é digno de menção.¹¹¹

Não obstante, em análise do termo “função”, Claus Roxim (2018) esclarece que a função do Direito Penal está na garantia aos cidadãos de uma existência social

¹⁰⁷ BUSATO, 2007, p. 31.

¹⁰⁸ JAKOBS, 1998, p. 15-21.

¹⁰⁹ TURESSI, 2015, p. 49.

¹¹⁰ BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 32.

¹¹¹ HASSEMER, 1989, p. 103.

pacífica, livre e segura. Diante disso, quando essas metas não são conquistadas por medidas político-sociais, faz-se necessária a atuação de sua função social.¹¹²

Quando se observa a proteção do bem jurídico como uma função do Direito Penal, ela se apresenta sob diversas vertentes, sendo a principal dela a aplicação da pena, o que o diferencia das demais atuações do Direito.¹¹³

A legislação vem sendo produzida ao passo que os acontecimentos vão se estabelecendo ao sabor do clamor social, o que leva ao fenômeno de neocriminalização da sociedade moderna, segundo Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya (2007).¹¹⁴

De tudo isso resulta que o bem jurídico não pode ser avaliado de uma forma estática, mas sim em sua relação com o sujeito, com valores pautados no Estado Democrático de Direito que tutele o indivíduo em todas as suas relações sociais.¹¹⁵

As definições citadas se legitimam e servem de base para a formação democrática do Estado, de modo que resulta na busca pelo conceito de bem jurídico. Este conceito, por sua vez, depende sempre das condições sociais culturais, econômicas e da forma de valoração social da época histórica.¹¹⁶

Aqui, é possível notar a existência de dois sistemas, um jurídico e um não jurídico. O primeiro sistema se estrutura pelas regras estabelecidas por valores familiares, culturais, profissionais, escolares, sociais e ainda por dogmas como os religiosos, que identifica indivíduos com determinados comportamentos que o grupo ao qual se insere espera.¹¹⁷

Para compreensão, primeiramente é necessária a conscientização sobre o importante papel que a linguagem ocupa na formação de conceitos sociais.

Segundo Santo Agostinho a finalidade da linguagem possui significado que se traduz por palavras, que também podem ser traduzidas pelo emprego de sinais, no entanto, tudo o que é corpóreo e também incorpóreo pode ser representado com a representatividade do pensamento, uma vez que o sinal que pode não ter significado lógico para um conjunto de ideias, para outro possui significações, como as culturais.

118

¹¹² ROXIN, 2018, p. 16.

¹¹³ BECHARA, 2014, p. 70.

¹¹⁴ BUSATO, 2007, p. 36.

¹¹⁵ BECHARA, *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁶ CUNHA, 1995, p. 15-105.

¹¹⁷ TURESSI, 2015, p. 47.

¹¹⁸ HIPONA, 2003, p. 363-382.

Um exemplo da representatividade da linguagem que se torna uma norma não jurídica pode ser apreciado em casos decorrentes do relativismo cultural, como o de tribos indígenas não adaptadas.

Alf Ross (2004), ao escrever a obra *Tû-tû*, explica que na tribo Aisat-nat, quando se viola um tabu – traduzindo, uma proibição prática de qualquer atividade social moral, religiosa ou culturalmente reprovável –, os membros da tribo acreditam que o infrator está “Tû-tû”.¹¹⁹

Tendo em vista a insuficiência da construção de um corpo social de regras para tutelar o primeiro sistema citado, o sistema de sobrevivência humana depende da atuação complementar do ordenamento jurídico.

Dessa construção, é perceptível que os valores se constroem no convívio com o grupo e deles decorrem uma série de interpretações da linguagem. Quando se aplica a ideia para o ordenamento jurídico brasileiro, se expressa como se algo houvesse cobrado existência entre o fato condicionante e a consequência jurídica condicionada.¹²⁰

Apenas a título de explicação, pode-se notar a técnica de apresentação, elucidada por Ross (2004) na obra supracitada. Existe uma série de fatos jurídicos que podem ter uma série de consequências jurídicas e existe um elo entre fato e consequência que não representa nada isoladamente, assim como o termo “tû-tû” não tem representação semântica se analisado de forma isolada. Contudo, se ocorre um fato jurídico com o objeto (elo), haverá sua respectiva consequência jurídica. Essa sistemática se aplica ao ordenamento jurídico.¹²¹

A língua e a linguagem do Direito são diferentes e as explanações são importantes na medida em que demonstram que a proteção de um bem jurídico deve se dar dentro do sistema jurídico e na qualidade de ponto central.

Quanto ao segundo sistema, jurídico e formal, há a atuação residual. “A inversão deste fluxo de atuação revela, à evidência, a existência de um Estado totalitário e intervencionista.”¹²²

Conforme citado, há autores que refutam a atribuição da proteção de bens jurídicos como uma das funções do Direito Penal, como já mencionado no

¹¹⁹ ROSS, 2004.

¹²⁰ *Ibid.*, 2004, p. 18.

¹²¹ ROSS, 2004.

¹²² TURESSI, 2015, p. 45-46.

posicionamento de Jakobs, ao substituir o dogma do bem jurídico pelo princípio da danosidade social, posição funcionalista sistêmica.

A discussão sobre a relação do Direito Penal com a proteção do bem jurídico chegou a ser tratada como ultrapassada, mas a partir do século XX o Direito Penal alemão, com o projeto do Código Penal de 1962, evidenciou que esse discurso não pode ser superado.

O ponto importante e perigoso se registra sob o argumento de que, embora a maioria das normas tutelem bens jurídicos, não se exclui a possibilidade de infringir penas a determinados comportamentos reprováveis, mesmo se a lesão não resultar na violação de um bem jurídico. Contudo, foi ponto criticado pelo grupo de penalistas responsáveis pelo Projeto Alternativo do Código Penal Alemão.

Desta discussão sequenciou-se a positivação do artigo 2º do Código Penal alemão, o qual prescreve que as penas e medidas servem para proteger bens jurídicos e para a reinserção social do autor.¹²³

Oportuno citar que o posicionamento doutrinário digno de preponderância também possui pensamentos contrários, como o da criminologia crítica, quando analisa as funções do Direito Penal com os olhos das Ciências Sociais.

Trazer a lume essas questões possibilita analisar as consequências buscadas pelo sistema penal como um todo, especialmente aos valores consagrados na carta constitucional de cada época, para a efetiva tutela de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

É certo que prevalece na doutrina a proteção de bens jurídicos como missão essencial do Direito Penal e, o que parece seguro, é na manutenção dessa missão, e não na estabilização da norma, onde se reconhece a proteção da dignidade humana como centro do Direito Penal e não como consequência normativa.

Quando se adota a concepção de que a proteção de bens jurídicos é a missão do Direito Penal democrático, a discussão que ora se entrava é outra e paira na identificação de quais bens jurídicos são merecedores e carecem de efetiva proteção da tutela penal.¹²⁴

Por esse motivo, é necessário examinar o texto constitucional conforme os pilares de Estado que ele foi construído e identificar o papel que a Constituição deve

¹²³ BECHARA, 2014 *apud* GARCIA, s.d. p. 47.

¹²⁴ TURESSI, 2015, p. 51.

ocupar na proteção de bens jurídicos, especialmente os supraindividuais, objeto da pesquisa.

3.2 Do modelo de Estado adotado e sua função jurídico-penal

O direito disciplina a convivência da humanidade e harmoniza as diversas formas de comportamento com instrumentos formais de controle social.

Nesta linha de raciocínio, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (2014, p. 48) leciona que:

A adoção de determinada opção político-social orienta, assim, de modo direto o conjunto normativo correspondente, impedindo que se possa afirmar aprioristicamente a existência de ordenamentos jurídicos valorados em si mesmos corretos ou incorretos, mas sim de ordenamentos mais ou menos coerentes com o modelo político-social ao qual se relacionam. Qualquer reflexão sobre um ordenamento jurídico determinado deve, portanto, partir do pressuposto do modelo de Estado no qual este se insere.¹²⁵

A Constituição Federal deve refletir, pois, os anseios de um povo, assim como o modelo de Estado adotado pela carta constitucional deve corresponder às suas finalidades.

Segundo o Professor Antonio Carlos da Ponte (2016), não é diferente a realidade para o Direito Penal, pois em um Estado Totalitário não será o mesmo que em um Estado Democrático de Direito, certo que os bens jurídicos serão preservados em ambos os modelos, contudo com maior ou menos ênfase nos termos do modelo político adotado. Faz-se correto afirmar, também, que alguns bens jurídicos só serão protegidos apenas em uma das modalidades de Estado.¹²⁶

Adiante, para diferenciar, leciona que em um Estado totalitário as preocupações com os ideais do Estado estarão em primeiro plano, enquanto as liberdades públicas se encontram com preocupações secundárias. O contrário se aplica em um Estado democrático de direito, que assegura as garantias individuais e estimula a pluralidade, diversidade e tolerância como seu primeiro cuidado.¹²⁷

¹²⁵ BECHARA, 2014, p. 48.

¹²⁶ PONTE, 2016, p. 165.

¹²⁷ *Ibid.*, 2016, p. 165-166.

A busca pelo ponto de equilíbrio entre muitos interesses envolvidos se trata de uma das maiores dificuldades para se estabelecer o conteúdo e a legitimidade de intervenção jurídico-penal, por esse motivo sempre estará sujeita a revisão de adoção os critérios estabelecidos por uma sociedade, nos termos esboçados por Bechara.¹²⁸

Seguramente, quando o modelo de Estado se volta à doutrina penal, pode-se afirmar que o Direito Penal é adepto de uma ideologia que deve servir ao modelo de sociedade, isto é, a ideologia de um Direito Penal autoritário certamente não será a mesma que a de um direito penal democrático e essa diferenciação é elemento essencial para delinear a dogmática penal, que não pode ser interpretada com neutralidade ou sem comprometimento, pois não se sobrepõe aos fundamentos da sociedade.¹²⁹

Em uma ordem social cuja realidade demonstra contradições entre o que proclama e o que manifesta, os mecanismos de legitimação tem também importância destacada na construção da conformidade com este estado de coisas. Uma ordem social como a nossa, ainda que proclame normativamente liberdade e igualdade, põe de manifesto uma realidade onde esses valores aparecem fortemente condicionados pelos desequilíbrios econômicos. Isto faz com que os pressupostos dos mecanismos legitimadores, isto é, ideologias explicativas do poder, como o contrato social ou um código moral ou sistema de valores aceitado, esteja em permanente revisão e reformulação.¹³⁰

O modelo de Estado interfere, pois, na forma de controle social e Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya afirmam que na América Latina os ideais iluministas seguem ainda sem se cumprirem, pois se espera a concretização dos princípios iluministas da igualdade e liberdade. A falta de atenção a este postulado resulta na configuração de um Estado com viés absolutista, na medida em que alguns modelos sociais ainda não tem o homem como ponto inicial da construção social, mas sim a economia, o que resulta em condutas seletivas e discriminatórias.¹³¹

A concepção de um Estado Moderno, não surge com ideais democráticos, ela rompe com o sistema feudal e possibilita ao sistema capitalista uma mudança estrutural na transição de formas de composição da sociedade.

¹²⁸ BECHARA, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁹ PONTE, 2016.

¹³⁰ RAMIREZ; MALAREE, 1997 *apud* BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 78.

¹³¹ BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 78.

Quando se analisa as bases do estado absolutista, verifica-se que possibilitou o nascimento do estado moderno e no século XVI houve essa ruptura com o sistema feudal de produção.. Assim, a origem do Estado moderno não é de viés democrático, mas de viés absoluto.¹³²

Como explica Luiz Fernando Kazmierczak, não se desconhece o mérito do Estado absolutista para agrupar os sistemas feudais no período do medievo, transformados em um corpo social por meio de uma organização central.

As monarquias absolutistas contemplam o papel desempenhado pela lei, pois ela se originava no soberano como a fonte de produção normativa, e o professor Oswaldo Henrique Duek Marques bem descreve como a autoridade do rei era incontestável. O Monarca enquanto gestor do Estado não se submetia a autoridade e suas decisões não estavam sujeitas a revisão.¹³³

Um exemplo normativo a ser citado é o crime de lesa majestade, onde os fatos eram punidos com imposição de dor e sofrimento ao agente, sem observância de qualquer base principiológica advinda da proporcionalidade ou razoabilidade na infração ou execução da sanção, que serviria, inclusive como medida de prevenção geral negativa da pena.¹³⁴

O Estado absoluto conceitua-se, pois, como sendo o modelo que se associa com três elementos, a soberania, o rei e a sociedade, e se apresenta à margem do elemento político e sem projeção sobre o poder.¹³⁵

Ademais, a falência de um Estado absoluto se relaciona com a ascensão do capitalismo na exploração de trabalho burguês, que afirma ter a revolução iluminista se limitado a liberar o mercado, sem incorrer na substituição do modelo de exploração da atividade laboral.¹³⁶

Segundo Luigi Ferrajoli (1997), a transformação do Estado Absoluto em Estado de Direito corresponde à mudança do súdito em cidadão, possibilitando se tornar um sujeito de direitos constitucionais frente ao Estado, e seu modelo político passa a materializar o pacto constitucional.¹³⁷

¹³² TURESSI, 2015, p. 29.

¹³³ MARQUES, 2008, p. 73

¹³⁴ KAZMIERCZAK, 2017, p. 32.

¹³⁵ MIRANDA, 2007, p. 171.

¹³⁶ RAMIREZ, 1983, p. 14 *apud* BUSATO, 2007, p. 79.

¹³⁷ FERRAJOLI, 1997, p. 860.

Já as bases de um Estado Social de Direito teve seu surgimento datado em meados do século XIX e as manifestações liberalistas foram diversificadas. Segundo Turessi (2015), houve manifestação contra os direitos fundamentais e inspirações nos ideais sociais da Igreja, que conferiam ao Estado posição proativa para superar a crise social.¹³⁸

No entanto, conforme Gilmar Ferreira Mendes (2013), o ideal absenteísta do Estado liberal não correspondia às exigências do momento, o que levou à nova visão do relacionamento entre Estado e Sociedade, bem como fez com que os Poderes públicos assumissem o dever de atuar para a sociedade superar suas dificuldades estruturais.¹³⁹

De acordo com Turessi (2015)¹⁴⁰, a consequência dessa transformação foi o reconhecimento de um rol de direitos fundamentais entendidos como direitos de segunda geração ou dimensão, composto pela saúde, assistência social, trabalho, lazer, educação e caracterizados como prestações positivas para formação de uma sociedade igualitária e justa para todos. O indivíduo passou a ser subordinado ao corpo social e o Estado passou a se preocupar com sua eficácia para distribuição de justiça social.

Assim, segundo Bonavides (1961), o Estado Social de Direito representou uma forma de manter o poder político e econômico da classe dominante, a fim de impedir o avanço das ideias socialistas e comunistas, o que permitiu certos direitos aos trabalhadores e a criação de políticas públicas para melhorar a condição de vida destes, um ato de sua humanização do capitalismo.¹⁴¹

Donadeli e Canavez (2014) afirmam que “o objeto do direito social é, basicamente, uma contraprestação sob a forma de um serviço público”. Assim, a saúde, o serviço médico-hospitalar enquanto direito à saúde e demais direitos sociais passaram a ser o meio pelo qual o ser humano se molda a seu aperfeiçoamento.¹⁴² No entanto, o intervencionismo estatal sequenciou a diminuição das liberdades individuais, fator que ocasionou o surgimento de um novo modelo de Estado.

Segundo Bechara (2014), o princípio intervencionista gerou dois enfoques de interesse coletivo no Estado Social de Direito: por um lado trouxe a importância do

¹³⁸ TURESSI, 2015, p. 36.

¹³⁹ MENDES, 2013, p. 136-137.

¹⁴⁰ TURESSI, 2015, p. 37-38.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 213.

¹⁴² DONADELI, 2014. s.p.

sistema social, mas por outro acabou o Estado por adotar forma autoritária subordinando o indivíduo ao todo social.¹⁴³

Assim, Ferrajoli (2001) afirma que o Estado social não atingiu o ideal estabelecido de obrigações taxativamente definidas frente aos órgãos públicos para garantir a igualdade, legalidade e a satisfação das expectativas sociais.¹⁴⁴

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito exige de todos o respeito a direitos fundamentais, identificando neste momento de Estado direitos de terceira dimensão, reconhecidos para a proteção da coletividade, tutela de bens e interesses difusos e coletivos, dentre eles a paz, o desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente e a conservação do patrimônio cultural.¹⁴⁵

Segundo José Afonso da Silva:

[...] no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como eremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o segue completo desenvolvimento”. Visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁴⁶

Afirma, assim, Turessi (2015) que “o Estado Democrático de Direitos representa um plus em relação ao Estado social de Direito, busca, em última análise, implementá-lo.”¹⁴⁷ No mesmo entendimento, Busato e Huapaya (2017) declaram que um Estado Social e Democrático de Direito constitui um bastião garantista para o cidadão e suas relações sociais.¹⁴⁸

Nota-se que a norma jurídica, seja constitucional, legal, administrativa, jurisdicional ou de qualquer espécie, é proveniente de uma decisão humana sob a forma que o direito concede, atribuída com viés coercitivo e garantida pelo poder político. O ser humano realiza seus valores enquanto capaz de agir por intermédio da norma, sempre em busca de superação de seu próprio ser atual, e a própria natureza humana pode ser alterada para atingir os fins almejados. Por isso, o homem cria instrumentos valiosos, aptos a atingir os fins por ele eleitos.¹⁴⁹

¹⁴³ BECHARA, 2014, p. 41.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, 1997, p. 863.

¹⁴⁵ MENDES, 2013, p. 137.

¹⁴⁶ SILVA, 1999, p. 121.

¹⁴⁷ TURESSI, 2015, p. 37-42.

¹⁴⁸ BUSATO, 2017, p. 119.

¹⁴⁹ SANTOS, 2016, p. 108-111.

E, sendo o Direito penal um formal instrumento de controle Estatal, esse é o fim almejado pelo Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, como instrumento de proteção dos bens e valores sociais sob o enfoque legislativo, equilibrado pelos princípios como a proporcionalidade, para a tutela subsidiária de bens e interesses jurídicos, com valores constitucionais.

Recai então ao Direito Penal a missão de proteção de bens jurídicos, o que poderá ser observado no tópico subsequente, e o Estado, enquanto carecedor de tutela penal, possui a incógnita de definição sobre quais bens são imprescindíveis na tutela penal, certo que o paradigma que o norteia é a dignidade da pessoa humana.

3.3 Evolução da teoria do bem jurídico e intervenção penal

A relevância de se conhecer o bem a ser tutelado pela moderna ciência penal é imprescindível, de modo que seja com base empírica e vínculo com a realidade, pois a função político-criminal é um dos principais critérios para se individualizar e delimitar o tema, objeto de tutela. Assim, o maior problema a se enfrentar é a fixação de critérios concretos para selecionar bens e valores fundamentais da sociedade¹⁵⁰.

O termo “bem” engloba tudo o que está considerado na consciência, apto para satisfação de necessidade humana¹⁵¹. Assim, sem a presença de um bem jurídico a ser protegido pelo preceito punitivo, o Direito Penal seria injusto e ético-socialmente intolerável, carecendo de sentido¹⁵².

Segundo a teoria subjetivista (inverso simétrico da teoria da metafísica), “bem” significa perfeição e realidade por ser desejado e apetecido; sendo esta a definição aristotélica de bem, eis que o que é bem em absoluto é mais desejado do que aquilo que é bem para alguém, devendo ser maior o desejo de prevenção do que o de repreender, delineando um sistema de preferências.¹⁵³

Uma das finalidades políticas segundo o conceito aristotélico é o bem do ser humano, ou seja, a garantia daquilo que é entendido como bem pelo Estado no cumprimento de sua função.¹⁵⁴ Para o autor, o Estado está acima do indivíduo, como a coletividade o é, colocando o bem comum sobre o bem particular. Logo, pela

¹⁵⁰ PRADO, 2011, p. 21-22.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 20.

¹⁵² *Ibid.*, p. 21.

¹⁵³ ABAGNANO, 2000, p. 108.

¹⁵⁴ ARISTÓTELES, 1991.

satisfação das necessidades humanas, enquanto ser animal, social e político, a sociedade não se realiza de forma perfeita sem o Estado, que é o garantidor do bem comum.

Diante disso, o papel desempenhado pelo Direito Penal a ser legislado é o de cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que se organizou de determinada forma e maneira.¹⁵⁵

Oportuno registrar os dizeres de Norberto Bobbio (2004), ao argumentar que os direitos do homem, por mais fundamentais, são históricos e decorrentes de circunstâncias marcadas por lutas em defesa de novas liberdades e contra velhos poderes que se desenvolvem gradualmente¹⁵⁶.

A preocupação sobre o que estava sendo feito de bom para o contexto social resultou na inquietação sobre o coletivo, com a formação de um corpo de concepções inseridas no próprio Direito. Isto sequenciou mudanças na aplicabilidade prática do Direito Penal quando se soma a outros fatores da evolução social, como a globalização.

O ato de abandonar o terreno da divindade e a reconstrução da fundamentação do Direito Penal no “Século das luzes” pautou a necessidade de um corpo social¹⁵⁷. Embora sejam presentes os resquícios de inflição de dor para punir e a desproporção com a gravidade do crime cometido, a nova governabilidade trouxe a lume a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com a previsão, em seu artigo 1º, de direitos de liberdade e igualdade¹⁵⁸, que serviu de base, inclusive, para a Constituição francesa de 1791, cujos princípios foram abarcados por diversos países a partir do século XIX¹⁵⁹.

O delito então deixou de ser apontado como pecado e passou a compor a ideia de um contrato social, tendo por aparato governamental a função do Estado na garantia da segurança.

¹⁵⁵ BATISTA, 2020, p. 19.

¹⁵⁶ BOBBIO, 2004, p. 9

¹⁵⁷ TURESSI, 2015, p. 58.

¹⁵⁸ FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do homem e do cidadão. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹⁵⁹ MARQUES, 2016, p. 106.

A construção e a proteção de um bem jurídico se formaram no decorrer da evolução social, inclusive, com a imposição de sanções em suas mais diversificadas formas, sempre para reafirmar a figura de superior hierárquico assumida pelo Estado.

Neste momento principiam-se discursos sobre o dano social, nas obras de Beccaria e Karl Ferdinand Hommel, sobre lesão de Direito, por Feurbach, e sobre a conceituação de bem jurídico, em Johann Michael Franz Birbaum e Franz Von Liszt.

Há duas grandes significações de correntes principais sobre o debate quanto ao papel do bem jurídico, que parecem oportunas de registro: a que entende o bem jurídico como antecedente ao próprio Direito e a que compreende o bem jurídico decorrente do ato de posituação legal, independentemente de fatos externos, como os sociais, políticos ou morais.¹⁶⁰

O primeiro posicionamento se adapta à teoria do bem jurídico pertencente à Birnbaum, de 1834. Origina-se de uma corrente jusnaturalista e compreende que o delito não lesiona direitos subjetivos, mas bens jurídicos. E isso acontece em virtude de tais bens se encontrarem na esfera pré-jurídica da razão, por isso preexiste ao próprio delito. Resumidamente, seria o Direito responsável pela função de decidir o bem jurídico a partir de sua valoração, e não de o criar.¹⁶¹

É interessante o registro de Jorge Figueiredo Dias (1999) e o seu posicionamento que está entre o positivismo e o jusnaturalismo, mas segue com o pensamento iluminista, ou seja, com o entendimento de Direito natural. Para o autor, Birnbaum imputa ao bem jurídico um conteúdo individualista, conceituando-o nos interesses essenciais do indivíduo na sociedade, isto é, sua vida, corpo, liberdade, patrimônio.¹⁶²

A ideologia sobre a nova defesa social também ganhou cenário, pois rejeitou o sistema neoclássico formado pela concepção puramente retributiva da pena, com a proposta de política criminal pautada em garantir direitos humanos e na promoção de direitos fundamentais da humanidade. A preocupação ainda paira na impunidade quanto a alguns delitos, quando estes têm por autores agentes entendidos como “socializados”.

Apenas para efeitos de esclarecimento, pois este não é o objetivo da pesquisa, registra-se que, para a punição dos entendidos por “socializados”, não se

¹⁶⁰ PELARIN, 2002, p. 55.

¹⁶¹ FILHO, 2012, p. 6.

¹⁶² DIAS, 1999, p. 63.

ignorou a eficácia das medidas preventivas e das sanções de modo geral, em especial a pena privativa de liberdade; no entanto, a punição deveria ser direcionada para reeducar de forma cívica, em prol da harmonização social. A proposta se destinava a investigar não apenas as causas dos fenômenos criminais, mas buscava assistir a vítima e reparar o dano causado.¹⁶³

Nota-se que a constatação histórica supracitada é de relevância para compreensão da formação das consequências que o Iluminismo, seu ápice e seu declínio, gradativamente, trouxeram na desmistificação da figura do divino na imposição criminal, com a busca do uso racional na aplicação da sanção, limitação do dever de punir e com surgimento do preocupante dano social, o que refletiu, inclusive, na forma de proteção do bem jurídico.

Oportuno mencionar que o dano social orbita em torno da preocupação recorrente da evolução da civilização, e, neste sentido, já argumentava Platão (2006, 215-216) ao tratar da educação do cidadão para a formação da cidade e sua administração política:

[...] a lei não importa que uma classe qualquer da cidade passe excepcionalmente bem, mas procura que isso aconteça à totalidade dos cidadãos, harmonizando-se pela persuasão ou coação, e fazendo com que partilhe uns com os outros do auxílio que cada um deles possa prestar à comunidade; ao criar homens destes na cidade, a lei não o faz para deixar que cada um se volte para a atividade que lhe aprouver, mas para tirar partido dele para a união da cidade [...] assim teremos uma cidade para nós e para vós, que é uma realidade, e não um sonho, como atualmente sucede na maioria delas, onde combatem por sombra uns com os outros e disputam o poder; como se ele fosse um grande bem.¹⁶⁴

Nesse marco histórico, a danosidade social passou a ser investigação da tutela penal, com o período que marca o florescer da lesão a direitos fundados no conceito material de delito, e acredita-se que este é o marco inicial da teoria do bem jurídico, especificamente no ano de 1801, na obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, de Anselm Ritter von Feurbach.¹⁶⁵

A significação material do delito se iniciou pela identificação do crime como uma lesão ao direito subjetivo e afastou do conceito as adjetivações advindas de natureza religiosa, por isso fundou-se nas relações jurídicas decorrentes da teoria contratualista. No entanto, a noção de direito privado ainda acompanhava o período

¹⁶³ DIAS, 1999, p. 163-164.

¹⁶⁴ PLATÃO, 2006, p. 215-216.

¹⁶⁵ TURESSI, 2015, p. 59.

na proteção do contrato social, o qual se destinava inicialmente a direitos individuais, direitos da comunidade.

Nesse aporte, o Direito Penal parte da premissa de Feuerbach, onde o delito seria sempre a violação de um direito subjetivo variável, conforme a espécie delitiva, e pertencente ao Estado. O objeto fundamental de proteção não está na lesão à coisa do mundo real, mas está interligado por faculdade jurídica privada ou atribuição externa e individual constitutivas desse direito subjetivo, que embasa o conceito jurídico de delito.¹⁶⁶

O surgimento do conceito de bem jurídico no século XIX e seu posterior desenvolvimento no século XX apenas podem ser compreendidos a partir da consideração de seus antecedentes iluministas. Afirma-se, nesse sentido, que o bem jurídico surge como consequência da crítica à teoria de lesão de direitos subjetivos, sustentada por Paul Johann Anselm Ritter Von FEUERBACH, fundado na teoria do fim do Estado de Immanuel KANT.¹⁶⁷ (BECHARA, 2014, p. 89)

Dentre as funções da doutrina do bem jurídico, é possível apontar uma dupla natureza: política e dogmática. A primeira é consequência da evolução econômica e política da época que erigiu um novo conceito de Estado; já na visão dogmática, o conceito de bem jurídico está em prol da utilidade, ou seja, referência para os fatos lesivos em razão de ser mais amplo, com aplicação aos delitos religiosos.¹⁶⁸

Não se pode olvidar o significativo avanço que a teoria de Feuerbach correspondeu no desenvolvimento do Direito Penal, pois ele vê na pena a necessidade de se conservar direitos subjetivos e cumpre a difícil tarefa de delimitação da intervenção jurídico-penal.¹⁶⁹

No entanto, Feuerbach não contemplou a conceituação contratualista de bem jurídico, qual seja a busca pela proteção aos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, como se busca na atualidade, fato que decorre especialmente do momento sociocultural e influência do direito privado sobre a teoria do crime.

Enquanto isso, e em total contrassenso no que se refere à noção anterior, está a escola positivista, pautada na teoria puramente objetiva, racional e livre de considerações filosóficas. Ela afasta qualquer construção de uma teoria do bem jurídico por ser irrelevante sua conceituação para operacionalização do Direito. Traduz

¹⁶⁶ ZAFARONI, p. 247 *apud* PRADO, 2011, p. 29.

¹⁶⁷ BECHARA, 2014, p. 89.

¹⁶⁸ PRADO, 2011, p. 31.

¹⁶⁹ BECHARA, *op. cit.*, p. 92-93.

a ideia de que esses valores não fazem parte da estrutura lógico-normativa, sendo o bem jurídico um bem tutelado pela lei.¹⁷⁰

A escola positivista traduz o posicionamento de Binding, em que o bem jurídico não poderia se estabelecer além do Direito e do Estado, onde a norma e o bem jurídico são inseparáveis. É oportuno registrar a Teoria da desobediência, em que, para Binding, o importante é a norma e sua desobediência, que constitui a lesão jurídica a um direito subjetivo do Estado e conseqüentemente de um bem jurídico.¹⁷¹

Posteriormente, as investigações de Von Liszt de cunho transcendentalistas e politico-criminal levam Binding a se posicionar no sentido de que “todos os bens jurídicos são interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade”.¹⁷²

Von Liszt apresentava uma função limitadora ao estabelecer que os bens jurídicos se estão além do ordenamento jurídico, eis que se posicionava no sentido de que ultrapassavam o próprio ordenamento e são a própria vida, sendo função do Direito protegê-la, por meio de suas normas. O posicionamento, entretanto, era criticado na medida em que não apresentava critérios sobre quais bens ou interesses mereciam proteção ou não.¹⁷³

Durante o Neokantismo, é possível observar o surgimento da natureza teleológica do bem jurídico e, segundo Honig, a filosofia neokantista propõe as bases do bem jurídico de interpretação, pois está em concordância com a *ratio legis* das normas penais. No entanto, essa função interpretativa dada por Honig resultava na perda da função garantista e da incidência dogmática do bem jurídico, segundo Paulo Cesar Busato.¹⁷⁴

Em contrapartida, durante o período vivenciado pela Alemanha decorrente da Segunda Guerra Mundial, surge uma segunda postura defendida pela escola de Kiel, também base para o regime nacional-socialista, que reconhece a lesão do dever como conteúdo material do injusto. Busato (2007, p. 46) registra que, para George Dahm e Friedrich Schaffstein, o papel do povo ocupava figura central e “[...] por isso não se podia separar ‘realidade e valor’”, como faziam os liberais, positivistas e neokantianos.¹⁷⁵

¹⁷⁰ CANTON FILHO, 2012, p. 7.

¹⁷¹ BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 44.

¹⁷² LISZT, 1927. p. 6 *apud* BUSATO, 2007, p. 44.

¹⁷³ BUSATO, 2007, p. 46.

¹⁷⁴ BUSATO, 2007, p. 45.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 46.

Sendo o direito ordenamento da vida do povo, o espírito do povo é a fonte do direito. O Estado constitui o intérprete desse “espírito do povo”. Por esse motivo qualificaram o bem jurídico com um conceito inútil...a adoção de uma postura onde a lesão de um dever constitua o centro da construção do injusto apaga todo o caráter garantista, pois o que interessa é somente o social e não o indivíduo.¹⁷⁶ (RAMIREZ, 1989 *apud* BUSATO, 2007, p. 46).

Do Iluminismo, de Feuerbach a Binding, até a uma visão neokantista, o conceito de bem jurídico sofreu evoluções, e a partir de Hans Welzel, em uma concepção de valores ético-sociais, ele recebe um novo sentido, não se definindo de forma isolada ou abstrata, mas submetido a uma avaliação dentro do ordenamento social, sendo a função ética-social a mais importante do Direito Penal, do qual surge o viés preventivo da proteção penal.

Somente após a Segunda Guerra Mundial que a teoria do bem jurídico passou a ocupar espaço na dogmática penal como garantia de limitação ao exercício punitivo estatal.¹⁷⁷E, digna de menção, é a mudança de pensamento sobre o Direito, exarada por Gustav Radbruch em razão do período nazista por ele vivenciado na qualidade de vítima da destruição de sua vida acadêmica e política, que resultou na clara alteração de sua posição sobre o positivismo. O filósofo preferia o Direito quando estivesse em conflito com a justiça, sendo a primeira missão a segurança jurídica e a paz, pois a ordem jurídica se enquadrava em primeiro plano, enquanto a justiça se fixava como segunda missão do Direito.¹⁷⁸

Entretanto, após esse período, quando identificado o referido conflito, deve ser resolvido com o Direito positivo sancionado pelo poder, mesmo quando de conteúdo injusto, exceto quando a contradição entre justiça e Direito se torne insuportável, a ponto que se deva reconhecer como um falso Direito e priorizar a justiça.¹⁷⁹

Envolto a esse momento histórico, Hans Welzel (1976) significou o bem jurídico como “estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”, no entanto minimiza sua importância quando afirma ser missão do Direito Penal proteger valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e não proteger bens

¹⁷⁶ RAMIREZ, 2007, p. 46.

¹⁷⁷ PRADO, 2011, p. 60-61.

¹⁷⁸ BUSATO, 2007, p. 47.

¹⁷⁹ Esta nova posição de Radbruch é citada por Juiz Borba Villar ao analisar a obra **Arbitrariedade legal e o Direito suprallegal**, de Gustav Radbruch, conforme leciona Paulo Cesar Busato ao expor o período de neonaturalismo de Radbruch. (*Ibid.* p. 47).

jurídicos. A proteção destes últimos nesta análise científica estava voltada à análise assessória do Direito Penal, em segundo plano.¹⁸⁰

Após esse período, surgem concepções de bem jurídico voltadas para a Teoria do sistema social, de Nickloas Luhann, focada na ideia de dano social, onde o bem jurídico se determinava com a disfuncionalidade sistêmica, definida como funcionalismo sistêmico.¹⁸¹ Autores como Jakobs ainda sustentavam que o Direito Penal não é suficiente para proteger bens jurídicos como uma de suas funções, sendo missão do Direito a manutenção da credibilidade normativa.

Certo que se mostram como temerárias a escolha e a forma de escolha sobre o bem jurídico a ser protegido e rememora-se a visão de Zaffaroni (2002, p. 128), em que “todo delito pressupõe um bem jurídico [...], todo bem jurídico demanda uma tutela penal, o que levaria à penalização sem lacunas”, que ele denomina como alquimia discursiva.¹⁸²

Busato (2007) ainda leciona que as tendências atuais levam a uma dupla conjectura sobre as orientações do bem jurídico: constitucional e sociológica. Quanto à tendência jurídica-constitucional, o autor analisa o posicionamento de Jorge Figueiredo Dias com a Constituição, sendo ponto de referência, e neste filtro pauta os critérios de seleção de bens jurídicos.

No mesmo sentido posiciona-se Silva Sanchez, com um funcionalismo moderado, quando ensina que a interpretação constitucional concede à norma jurídica a possibilidade de estabilização como objetivo do Direito Penal e que a maior questão reside nos critérios de identidade que a sociedade busca para seleção de bens jurídicos, sendo a constituição um norte razoável.¹⁸³

Por sua vez, Busato e Huapaya (2007) posicionam-se no sentido de que a constituição deve ser entendida como referencial negativo para exclusão de proteção jurídico-penal. Os autores explicam que é forçoso reconhecer que um bem jurídico que não figure na constituição por ser não essencial deixe de merecer proteção e que, embora seja referencial negativo, não o é de forma absoluta, pois se deve avaliar conforme o grau de valoração da relevância do bem jurídico-penal.¹⁸⁴

¹⁸⁰ WELZEL, 1976, p. 15.

¹⁸¹ RAMIREZ, 1989 *apud* BUSATO, 2007, p. 47.

¹⁸² ZAFFARONI, 2002, p. 128.

¹⁸³ BUSATO, 2007, p. 49.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 50.

Quanto à tendência sociológica do bem jurídico, primeiramente, só poderá ser avaliada sua proteção jurídica quando se parte da premissa de que o objeto de proteção é um bem. Neste sentido, Jescheck (1993 *apud* Busato, 2007, p. 51) defende que:

[...] os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos que o Direito Penal outorga sua proteção [...], o bem jurídico há de entender-se como um valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social.¹⁸⁵

Na mesma linha de raciocínio, Anibal Bruno (1959) se posiciona sobre serem os bens jurídicos a consciência comum do grupo ou das camadas sociais, notado o seu valor social, que eleva esses valores ao patamar de bens jurídicos, e deixa claro em seu posicionamento que se tratam dos interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade.¹⁸⁶

Contudo, essa posição deve ser analisada com cautela, pois ela depende da definição do sistema social para existir e, de acordo Francisco Munoz Conde (1975), essa relação entre a identificação de bem jurídico estabelecida na comunidade, fica obscura.¹⁸⁷

Diante desses posicionamentos, Busato (2007) compreende que é uma perversão reducionista identificar bens jurídicos como meio de preservar o sistema social. Ele registra também que a consciência social nem sempre expressa o texto normativo e aderir a esse posicionamento de forma irrestrita para macular a expressão normativo-constitucional.¹⁸⁸

Certo é que um dos maiores problemas da doutrina é a indefinição do conceito de bem jurídico, enquanto outro está na ideia de admitir tal bem como a principal proteção do Direito Penal.

Quanto à indefinição conceitual que o instituto apresenta para o posicionamento doutrinário, sua significação se confunde com o conceito material de delito. Isto passa a limitar o legislador na elaboração de injustos penais, como lecionam Hassemer e Munoz Conde (2001).

Ainda há posicionamento contrário, como o de Stratenwerth, que entende a ausência de identidade entre o bem jurídico e objeto material, mas visualiza uma

¹⁸⁵ JESCHECK, 1993 *apud* BUSATO, 2007, p. 51.

¹⁸⁶ BRUNO, 1959, p. 15.

¹⁸⁷ CONDE, 1975, p. 46.

¹⁸⁸ BUSATO, 2007, p. 52.

complementação entre ambos. Essa tentativa de conceituação, embora inesgotável, também está na doutrina de Roxim, sendo o bem jurídico um bem vital, com valioso valor ou interesse jurídico, mas também é certo que a indefinição não pode colocar em risco a garantia político-criminal de reconhecer a existência de um bem jurídico a ser protegido.¹⁸⁹

Sobre a discussão que a doutrina apresenta quanto a ser ou não o bem jurídico objeto central de proteção do Direito Penal, Zulgardía Espinar, citado por Garcia-Pablos de Molina, afirma que a lei não deve ser o nascedouro dos bens jurídicos, sob pena de se criar um ciclo vicioso. Deve portanto o bem jurídico emanar da realidade social.

No entanto, Busato (2007) apresenta posicionamento contrário, pois a admissão de que o bem jurídico é prévio à norma não implica em sua identidade com a ética social, mas na sua relação com os princípios democráticos de Direito.

3.3.1 O monismo e o dualismo em relação ao bem jurídico

A forma de classificação dos bens jurídicos mais utilizada pela doutrina repousa sobre sua titularidade.¹⁹⁰ É relevante a discussão sobre a aproximação e delimitação do bem jurídico em sua forma individual e coletiva, pois as concepções se relacionam diretamente ao modelo de Estado, o que é ou não seu dever, debate originário das teorias monistas e dualistas.¹⁹¹

Enquanto a ideologia dualista se define na admissão de duas classes de bens jurídicos, a monista se afasta da ideia com a tese de que o bem jurídico deve ser analisado da perspectiva da pessoa, do indivíduo ou do Estado, do coletivo. E, nesta linha, ainda há a perspectiva monista coletiva, onde somente é possível se identificar um bem jurídico individual se ele estiver em uma posição de interesse para a coletividade.¹⁹²

Diversamente, Hassemer e Munoz Conde (2001) lecionam que a teoria monista personalista identifica o bem jurídico como coletivo quando este se preza para o desenvolvimento pessoal do indivíduo.¹⁹³ Vale mencionar que este é o princípio de

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 53-55.

¹⁹⁰ TURESSI, 2015, p. 106.

¹⁹¹ BUSATO, 2007, p. 56.

¹⁹² *Ibid.*, p. 57.

¹⁹³ HASSEMER, 2001 *apud* BUSATO, 2007, p. 57.

uma discussão relevante na identificação dos bens jurídicos coletivos que se apresentam em papel de preponderância, visto seus reflexos quando lesados.

De acordo com Busato (2007), ao avaliar o posicionamento de Hassemer e Munoz Conde (2001) sobre a teoria monista personalista, somente o seu reconhecimento permitiria dispor ou defender um bem jurídico individual. Isto reflete na condição do indivíduo enquanto parte integrante da sociedade, fundado no contrato social formado pelo Iluminismo, pois, com base nesta visão, não é possível dispor de bem jurídico coletivo sob o argumento de que se dispensa proteção individual, cabendo o dever de preservação dos institutos que permitem e mantêm a vida da sociedade, onde o indivíduo faz permanecer seus laços.

Fato é que a doutrina predominante adota a concepção dualista, pois, nas palavras de Figueiredos Dias, registradas por Flavio Turessi (2015, p. 107):

[...] sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa a materia penal, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, coletivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito.¹⁹⁴

Nas palavras de Dulce Maria Santana veja (2007), o que deve ser buscado é a moderação, com uma posição dualista e o reconhecimento da existência e necessidade de se tutelar tanto os bens jurídicos individuais como os bens jurídicos penais coletivos, sem se registrar preponderância, mas complementariedade. Assim, é inegável afirmar que existem bens jurídico-penais pertencentes a um número indefinido de pessoas.¹⁹⁵

Feitas essas considerações históricas quanto à necessidade de reconhecer a existência de um bem jurídico-penal digno de proteção, a pesquisa se volta à preocupação conceitual sobre a extensão e o significado dos bens jurídicos coletivos.

Bens jurídicos individuais são os que pertencem de forma individualizada a cada ser humano, com titulares identificáveis. São personalíssimos e fundamentais para a convivência social.¹⁹⁶ Quanto aos bens jurídicos coletivos, a conceituação se torna extensa, em razão da definição e diversificação que a doutrina apresenta sobre o norte conceitual dos termos “difuso” e “coletivo”.

¹⁹⁴ DIAS, 2015, p. 107.

¹⁹⁵ SANTANA, 2001 *apud* BECHARA 2007, p.127.

¹⁹⁶ TURESSI, 2015, p. 113.

Hugo Nigro Mazzilli (1997) compreende como difusos os bens de interesse ou direitos transindividuais, indivisíveis, de pessoas indeterminadas e que se ligam pela circunstância fática. Há um ponto de conexão. Já os bens jurídicos coletivos se definem como interesses indivisíveis de um grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica básica.¹⁹⁷ A dificuldade, então, se apresenta quando se analisa o grau de lesividade da conduta individual ante o bem supraindividual.¹⁹⁸

O Direito Penal experimenta uma expansão, sob a tarefa complexa de deduzir o conceito e o conteúdo de bem jurídico, em uma zona entre a vertente tradicional de bem jurídico e posturas que não necessitam do dogma do bem jurídico para exercício do Direito Estatal de punição¹⁹⁹.

[...] a tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais de uma pessoa torna o Direito Penal difuso e muito amplo. Essa tendência produz bens jurídicos universais com uma semântica vaga. Permitem ao legislador penal a criminalização de quase todos os tipos de condutas desviadas e roubam ao conceito de bem jurídico seu potencial de controle. Assim, por exemplo, a manutenção da saúde pública ou a proteção do mercado de capitais são alvos da legislação penal, sob cujo teto podem ser abrigadas, sem serem molestadas, muitas proibições de cunho jurídico-penal.²⁰⁰ (HASSEMER, 2006, s. p.).

Quando se trabalha com a ideia de modernização da ciência penal, ocorre a flexibilização de garantias para a proteção de novos bens jurídicos. Já o papel ocupado pelo Estado Democrático de Direito é muito importante no equilíbrio de valores essenciais e indispensáveis à proteção da dignidade humana.

Os bens coletivos e já existentes são reconhecidamente dignos de proteção estatal, decorrente dos perigos gerados pela sociedade pós-industrial, como a criminalidade organizada atrelada à tecnologia da informação ou o rechaço a ampliação de punição preventiva.²⁰¹

O problema central na proteção de bem jurídico não está no reconhecimento dele como fator de incriminação, e sim na forma de tutela desse interesse, que não pode assumir papel referencial, pois possibilitaria a negação de seu potencial crítico no exame da legitimidade de proibição penal, admitindo-se qualquer forma de tutela, ainda que seja antecipada. Inclusive, a imposição da pena deixa de ser necessária

¹⁹⁷ MAZZILLI, 1997, p. 4.

¹⁹⁸ SILVEIRA, 2013, p. 113.

¹⁹⁹ SILVEIRA, 2013, p. 44.

²⁰⁰ HASSEMER, 2006, s.p.

²⁰¹ TURESSI, 2015, p. 181.

quando a proteção de bens jurídicos possa se dar por outros meios de controle social.²⁰²

Importante lembrar de que o bem jurídico ocupa espaço entre a política criminal e o Direito Penal, resultando na criação política do crime vinculada com o modelo de Estado que é aplicado, uma vez que a lei penal se submete a uma série de limitações em alguns casos e necessita ser revisada em outros, conforme a leitura constitucional do Direito Penal que venha a ser feita²⁰³.

Por último, em análise da missão do Direito Penal na adoção do bem jurídico, Munoz Conde e Hassemer (2001) apresentam uma relação como um critério de Justiça, com a aplicação de política criminal para determinação sobre o que merece ser punido, ou seja, trata-se de uma vinculação ao legislador sobre o dever de atuação que a Lei penal positiva, com decisões mais claras e justas.²⁰⁴

Juarez Tavares (2004 *apud* BUSATO, 2007), por sua vez, ainda observa que a proteção de bens jurídicos não se dá pela via material, pois cada crime cometido é a prova de que a proteção é deficiente.²⁰⁵ Diante disso, faz-se oportuna a citação de Renato de Mello Jorge Silveira (2013, p. 113), quando trata dos crimes de perigo, o qual leciona que “[...] o bem jurídico assim como a verificação do princípio da lesividade deverá ser a pedra de toque para qualquer imputação.”²⁰⁶

O bem jurídico, então, deve continuar a constituir uma ponte entre a realidade e a norma, possibilitando a análise da legitimidade de intervenção penal, anexada a outros critérios entendidos de forma autônoma. Sendo assim, eis que a teoria do bem jurídico possibilita apenas um critério negativo de limitação, e não de justificação da intervenção penal.²⁰⁷

²⁰² BECHARA, 2014, p. 365.

²⁰³ PONTE, 2016, p.170.

²⁰⁴ HASSEMER, 2001 *apud* BUSATO, 2007, p. 59.

²⁰⁵ TAVARES, 2004 *apud* BUSATO, 2007, p. 59.

²⁰⁶ SILVEIRA, 2013, p. 113.

²⁰⁷ BECHARA, 2014, p. 367.

4 OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.1 Considerações gerais

O plano da normatividade deve ser o ponto de partida para a análise constitucional como a primeira fonte de bens jurídicos, e o plano da efetividade deve avaliar a viabilidade do próprio sistema quando se preocupa com os conflitos sociais, com reflexões empíricas, filosóficas, históricas, sociológicas, em proporção equiparada aos instrumentos disponíveis e aptos à tutelar os valores penais²⁰⁸. Sendo assim, em análise constitucional, o bem jurídico, quanto a sua tutela penal, deve estar fundado em garantias fundamentais possíveis de individualização e ligado aos direitos humanos.²⁰⁹ Assim, a Constituição Federal é, pois, o ponto de partida do Direito Penal, segundo preceitua Luciano Feldens²¹⁰. Este reconhecimento possibilita a estruturação do sistema e respeita uma linha de direitos fundamentais, especialmente por intermédio dos mandados implícitos de criminalização.

O lastro de índole constitucional estará presente, independentemente do modelo de Estado adotado, e o fundamento constitucional do reconhecimento de que os seres humanos têm direitos protegidos sob o plano internacional também está atrelado a uma pauta de direitos humanos. Segundo Luís Roberto Barroso (2003), a Constituição pode ser entendida como o termômetro que disciplina a norma jurídica e limita que determinada infração não vá além ou fique aquém do necessário para a proteção dos valores constitucionais. Desta forma a carta constitucional se aplica para criminalizar e também para impedir a criminalização de condutas.²¹¹

A título exemplificativo, há substancial importância na previsão da Constituição Federal de 1988 ao prescrever no artigo 5º, § 3º, um mandado explícito de criminalização, quando estabelece que todas as vezes que o Brasil subscrever um tratado com convenção internacional de direitos humanos, ele deverá ser aprovado em ambas as casas, com dupla votação de 3/5 dos votos, o que o eleva ao patamar de emenda constitucional.²¹² Este tipo de disposição permite que o Direito Penal tenha

²⁰⁸ FERRAJOLI, 2010, p. 435.

²⁰⁹ PONTE, 2016, p. 173.

²¹⁰ FELDENS, 2008, p. 46-48.

²¹¹ BARROSO, 2003, p. 404.

²¹² BRASIL., 1988.

fundamentação constitucional dentro de um quadro de validade no ordenamento jurídico, prescrevendo e limitando o seu âmbito de aplicabilidade.

A leitura constitucional que se espera do Direito Penal tem como consequência a união da dogmática com os valores éticos do Estado brasileiro, e qualquer distanciamento deste resultado não deve ser considerado válido.²¹³ O distanciamento deste desenho poderia, inclusive, resultar em violação do projeto delineado pelo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é com base no reconhecimento da necessidade de proteção do próprio Estado que se identificam as ordens de criminalização impostas ao legislador penal ordinário, as quais indicam uma obrigatoriedade.²¹⁴ Logo, é indiscutível que a adoção do critério jurídico-penal à luz da Constituição Federal reflete segurança e certeza de que o Direito Penal brasileiro possui respaldo no maior valor constitucional: a dignidade da pessoa humana.²¹⁵

Embora o tema envolva o Direito Penal e a adequada criminalização de condutas, é importante compreender que os mandados de penalização têm por ordem normativa a Constituição. Portanto, a imposição ao legislador decorre de regra superior e externa ao Direito Penal.²¹⁶

4.2 Contexto histórico e definição dos mandados de criminalização

A presente pesquisa se destina a demonstrar não somente o período de evolução histórica da saúde no Brasil, com a mudança de paradigma de proteção – inicialmente reconhecido como um bem jurídico individual e posteriormente compreendido como um bem jurídico supraindividual –, mas também a forma e o dever de tutela penal deste bem jurídico, à luz da Constituição Federal.

A aplicabilidade dos mandados de criminalização em território brasileiro está atrelada aos ditames norteadores da carta constitucional e do Estado democrático de Direito, na qualidade de obrigação imposta ao legislador.

Segundo Luciano Feldens (2012), a conceituação de ordens ou obrigações positivas de criminalização em matéria penal origina-se da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando indica como Dever do Estado criar e

²¹³ PONTE, 2016, p. 163.

²¹⁴ TURESS, 2015, p. 162.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 174.

²¹⁶ FELDENS, 2008, p. 73.

aplicar o Direito Penal para proteção de direitos humanos. Deste ponto decorre a locução criminalização em matéria penal.²¹⁷

A expressão *mandado de criminalização* ou *penalização* é originária do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo J.J.G. Canotilho (2001), em 1960, a doutrina constitucionalista identificou um novo paradigma que rompia com a formação de poderes constituídos e com a Constituição. Na obra de Peter Lerche (1961), denominada *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht*, surgiu a indagação sobre a independência ou os limites desta liberdade do Poder Legislativo.²¹⁸

A decisão paradigma foi proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 25 de fevereiro de 1975, e por meio de controle abstrato de normas sobreveio à análise da criminalização do aborto, com a criação de condição especial: se realizado por médico com a anuência da grávida, desde que não ultrapassado o lapso temporal de doze semanas (contado desde a concepção). Houve então o reconhecimento da exclusão da antijuridicidade da conduta, caracterizado como figura penal atípica.²¹⁹

Durante a análise e manifestação pelos integrantes da Câmara Federal, houve o questionamento sobre o prazo definido para a licitude do aborto por 193 dos membros, quando se iniciou a análise pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a existência dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. O significado deste reconhecimento proporcionou a argumentação que hoje norteia a carta constitucional brasileira de 1988 sobre a obrigatoriedade de enfrentamento dos mandados implícitos de criminalização quando a proteção não puder se dar de maneira diversa, onde o legislador passa a se valer dos instrumentos penais para tutela e garantia do bem jurídico – no caso desta pesquisa, a vida.

No contexto legislativo brasileiro, a primeira manifestação sobre o tema se identifica no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS16, com a discussão sobre a equiparação da união estável ao casamento para incidência da extinção da punibilidade dos “crimes contra os costumes”, prevista no artigo 107, VII do Código Penal, pois o entendimento era de violação ao artigo 226, 3º da CF/88.²²⁰

A norma constitucional supracitada determina o dever de proteção da família e reconhece a união estável como entidade familiar, da mesma forma que o

²¹⁷ FELDENS, 2012, p. 102.

²¹⁸ CANOTILHO, 2001, p. 12.

²¹⁹ MARTINS, 2005, p. 266-269.

²²⁰ MORAES, 2014, p. 58.

casamento. O acórdão, por sua vez, afastou esse reconhecimento com a argumentativa de que a extinção de punibilidade foi reconhecida pela Lei nº 11.106/2005. No entanto, o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes trouxe como argumentação principal e de forma inédita a proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais.

O entendimento embasado no princípio da proporcionalidade foi claro quanto ao argumento de que em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do Direito Penal, a fim de proteger e garantir a vida em desenvolvimento, o que não viola a Constituição Federal, mas decorre da aplicabilidade do princípio da proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos.

Este foi um marco na história do Direito brasileiro, muito importante para o reconhecimento da aplicabilidade dos mandados implícitos de criminalização pelo previsto na Constituição Federal de 1988, e quanto à definição e reconhecimento dos mandados de penalização a doutrina não é uníssona, havendo pesquisadores que aceitam ou não sua existência.

Feldens (2012) afirma que existe um espaço teórico-discursivo que pode ser sintetizado da seguinte forma: a negação dos mandados constitucionais de criminalização e sua aceitação sempre em face de um núcleo de reserva constitucional do Direito Penal incriminador. A discussão é de importância prática relevante. Quando se reconhece a existência de mandamentos de criminalização, estar-se-á diretamente afeto ao Poder Judiciário ou Tribunal Constitucional analisar a legitimidade constitucional de uma lei que se qualifique como excedente ou deficiente à tutela de bens jurídicos, o que demanda hipótese de controle sobre a inexistente (ou insuficiente) proteção penal sobre determinados valores considerados fundamentais.²²¹

No entanto, há entendimentos que não reconhecem a existência dos mandados de criminalização no ordenamento brasileiro. De acordo com Janaina Conceição Paschoal (2003), o que existe é apenas a possibilidade conferida pela carta constitucional de 1988, que sempre deve ser avaliada conforme o contexto social sobre sua necessidade e utilidade, e não como um dever de criminalizar condutas.²²²

²²¹ FELDENS, 2012, p. 70.

²²² PASCHOAL, 2003, p. 59-90.

Nesta linha de entendimento, Ana Elisa Salvatore Bechara (2007) afirma que não existe uma obrigação legislativa, mas que utilizar as normas penais se trata de uma prerrogativa do Parlamento brasileiro e que a Constituição Federal também se trata de um limite negativo para os tipos penais.²²³ Em contrapartida, o entendimento que acolhe os mandados de criminalização pode ser observado quanto aos mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Ponte (2016) afirma a obrigatoriedade do Parlamento brasileiro quanto ao enfrentamento de determinadas matérias para a proteção adequada e, se possível, integral de bens jurídicos ou interesses.²²⁴

Miguel Tassinari de Oliveira (2010), por sua vez, dispõe que o mandato de criminalização é uma opção do constituinte originário e se pauta na dignidade penal de um bem jurídico que necessita da proteção penal, ou seja, trata-se de uma afirmação constitucional.²²⁵

Já Feldens (2012) afirma serem os mandados de criminalização uma obrigação positiva direcionada ao legislador para que redija ou a norma, ou uma obrigação negativa quando a proibição de revogar a norma já estiver positivada para a proteção de bens ou interesses.²²⁶ O autor ainda afirma que, conjuntamente com os deveres constitucionais de proteção penal, estão as obrigações positivas de direitos humanos, inclusive para a criminalização secundária²²⁷.

Jorge Figueiredo Dias, em posicionamento intermediário, adota a seguinte linha de raciocínio: existe a negação quanto aos mandados implícitos e o reconhecimento quanto aos mandados expressos de criminalização. Segundo afirma, a intervenção penal somente deve se dar onde o legislador tenha positivado expressamente no texto constitucional.²²⁸

A presente investigação expressa o termo “mandado de criminalização” a indicar e reconhecer a obrigatoriedade do legislador para atuar na proteção de interesses ou bens jurídicos resguardados pela carta constitucional, com o critério de efetiva tutela penal sobre os mandados constitucionais de criminalização, expressos ou implícitos. Afinal, não se identifica impedimentos apontados pelo constituinte para

²²³ BECHARA, 2007, p. 91-93.

²²⁴ PONTE, 2016, p. 152.

²²⁵ OLIVEIRA, 2010, p. 127-129.

²²⁶ FELDENS, 2005, p. 75.

²²⁷ FELDENS, 2012, p. 105-126.

²²⁸ DIAS, 2007, p. 129.

que o parlamento se restrinja a enfrentar a criação de tipos penais. E, mesmo que se apontem os mandados de criminalização e restrições de atuação ao legislador, as normas constitucionais são hierarquicamente superiores e fundamentam a atuação do constituinte.²²⁹

Os mandados de criminalização se contextualizam como um dever aplicado ao Parlamento pelo poder constituinte e não violam os subprincípios da proporcionalidade – princípios da subsidiariedade, intervenção mínima ou ofensividade.²³⁰ Nessa perspectiva, os mandados de criminalização se fundamentam também na dupla face do princípio da proporcionalidade, com a proteção positiva e proteção das omissões estatais.

Ademais, o princípio da proibição de proteção insuficiente vincula o legislador e o obriga a proteger a dignidade das pessoas, segundo voto do Ministro Gilmar Mendes.²³¹ Note que a proporcionalidade trabalha com uma lógica em que os valores passam necessariamente em processo de constante verificação. Desta forma se constrói sua dupla face.

É preciso reconhecer que há um limite trazido pelo Direito Penal: quando a proporcionalidade for insuficiente na tutela de bens jurídicos, o limite está na necessidade de alteração legislativa. Esse é um limite de natureza negativa e, por mais que seja injusta a pena, não se supera a situação sem a alteração de cunho legal.

Em equivalência, a aplicação do princípio da proporcionalidade se altera também ao passo que identifica atuação legal excessiva. Quando isso acontece, o juiz pode deixar de impor a pena levando em consideração o excesso, especialmente sob o fundamento de que há violação ao princípio da proporcionalidade.

A título exemplificativo, o artigo 173 do Código Penal prevê uma pena de 10 a 15 anos de reclusão a quem, na falsificação, alteração ou adulteração de produtos terapêuticos ou medicinais, comete delito classificado como crime hediondo. O argumento da pena é correto em razão do motivo que a justificou. No entanto, o problema que se identifica no tipo está no parágrafo primeiro, alínea a, que equipara a medicamentos os cosméticos e saneantes com a mesma pena em abstrato.

²²⁹ MÁRCIA, 1992, p. 46-48.

²³⁰ PASSOS, 2011, p. 106-107.

²³¹ MENDES, 2013, p. 682-691.

A equiparação é desproporcional à pena prevista, especialmente quanto à hediondez tipificada ao delito, de forma que seria possível o reconhecimento pelo julgador em fase de dosimetria de pena que a resposta penal é excessiva e viola o princípio da proporcionalidade.

Então, pode-se dizer que o enfrentamento dos mandados de criminalização previstos na Constituição Federal em alguns casos é suficiente, e em outros possuem uma discrepância legislativa, como no caso da hediondez supracitada, ou ainda em outros casos se identifica uma omissão ou insuficiência legislativa.

Segundo Ponte (2016), o instituto dos mandados de criminalização está muito mais ligado à justiça social, pois onde não há proteção a direitos e garantias individuais, não há Justiça Social.²³²

Quando se fala em mandados de criminalização, aponta-se a necessidade de serem enfrentados determinados temas que são fundamentais ao modelo de Estado, conforme a Constituição Federal, a partir da dignidade da pessoa humana.

A tendência de aceitação dos mandados de criminalização no ordenamento jurídico brasileiro depende não apenas da fundamentação, mas de fundamentação constitucional vinculada a uma pauta de direitos humanos. Portanto, os mandados de criminalização são normas que visam tutelar os bens e interesses constitucionais, independentemente das modificações temporais que a sociedade vivencia, eles buscam proteger valores que resguardam a dignidade da pessoa humana e impedir qualquer atuação contrária ao Estado democrático de Direito.

4.3 Obrigações de criminalização previstas na Constituição Federal

O enfrentamento de temas pelo Direito Penal decorrente da carta constitucional é permanente e acompanha os sistemas sociais ao passo que se molda a cada tipo de sociedade. Logo, a proteção penal deve conviver com a rotina de mudanças sociais.

De forma criteriosa, cabe ao Parlamento brasileiro reconhecer o seu dever enquanto componente essencial das esferas de poderes e proceder o enfrentamento de temas, para proteção de bens ou interesses.

²³² PONTE, 2016, p. 162.

Reconhecido o breve relato histórico dos mandados de criminalização, com fundamento na dupla face dos direitos fundamentais é que a Constituição Federal Brasileira, assim como outras constituições, regulamentou os mandados de criminalização. As ordens constitucionais de punição aparecem na Constituição da Alemanha, Itália e Portugal.²³³

O modelo de constituições europeias, como as já mencionadas e também as constituições espanhola e francesa, estabelecem os mandados implícitos e explícitos de penalização, os quais não demandam faculdade e sim obrigatoriedade de tratar sobre determinados bens ou interesses. São regramentos constitucionais que justificam e fundamentam uma linha democrática buscada por diversos países em decorrência de experiências negativas do passado.²³⁴

Um exemplo contido na Constituição Federal brasileira é a perseguição durante o Regime Militar, e, como consequência, o artigo 5º, XLII e XLIV positivam como imprescritíveis os crimes de ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.²³⁵

Na Alemanha, a situação Estatal após a Segunda Guerra Mundial refletiu e reflete em uma mudança comportamental legislativa em prol da reconstrução dos direitos humanos e dela decorre a obrigação de criminalizar a preparação de guerra de agressão e o atentado à convivência pacífica dos povos.²³⁶

A última Guerra Mundial também trouxe como consequência a positivação legal italiana, quando prevê a necessidade de tutela de determinados valores constitucionais como a punição criminal a toda e qualquer violência física e moral contra pessoa. Ela trata de direitos de Primeira Geração.²³⁷

Existem também previsões que ultrapassam o viés constitucional de penalizar condutas e se aplica a nível internacional. Como já registrado no tópico anterior, toda proteção decorrente das normas constitucionais está vinculada a um lastro de direitos humanos.

Neste sentido, há tratados internacionais em que o Brasil é signatário de valor infraconstitucional, no entanto é imperioso lembrar de que os enunciados

²³³ PRADO, 2005, p. 81.

²³⁴ PONTE, 2016, p. 174.

²³⁵ BRASIL, 1988.

²³⁶ Artigo 26 (1): Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei. (ALEMANHA, 1949).

²³⁷ ITALIA, 2018.

internacionais protetores de direitos humanos possuem valor constitucional. Segundo Flavia Piovesan, quando um tratado internacional se destinar a proteger direitos humanos, resultará em dois efeitos: afirmação da personalidade interna do indivíduo e reafirmação da concepção universal dos direitos humanos, fator que resulta no reconhecimento Estatal de suas obrigações internacionais. Isto demonstra não apenas a obrigação de positivar a defesa de direitos humanos, mas da efetiva tutela de direitos que preservam valores essenciais da humanidade ou, no caso da Saúde Pública, proteger a sua vinculação direta com a vida humana.

No entanto, quando se analisa a legislação penal vigente, a proteção penal evidencia-se como insuficiente. Há tipos penais construídos frente a uma realidade que foi mudada, sem preocupação em trazer resposta penal razoável ou em consonância com essas modificações. Isto acontece na Lei de crimes hediondos ou no enfrentamento e combate ao terrorismo.

A carta constitucional trouxe ao legislador os principais bens jurídicos que necessitam de tutela (mandados explícitos de criminalização), mas não significa que se limitam àqueles bens, por isso é possível extrair outros bens jurídicos imprescindíveis de proteção (mandados implícitos de criminalização).

4.3.1 Mandados explícitos de criminalização

Os mandados explícitos de criminalização estão expressamente positivados no corpo constitucional e apontam a linha de intervenção penal aplicável ao Parlamento brasileiro, o qual não pode ser omitir em regulamentar enquanto representante do Poder Legislativo.

De acordo com Turessi (2015), os mandados expressos de criminalização podem ser identificados no corpo constitucional de maneira ampla, quando a norma constitucional se incorpora da locução “nos termos da lei” (como ocorre no artigo 9º, § 2º). Poderão também se identificar de maneira restrita e, para tanto, requer a verificação de outros indicativos que tornem inequívoco o imperativo de proteção. Decorre de postulados como a intervenção mínima, ofensividade, proporcionalidade, que possibilita concluir que a identificação de mandados expressos necessita de um olhar mais restrito.²³⁸ Assim, são apontados como mandados expressos de

²³⁸ TURESSI, 2015, p. 163-164.

criminalização os previstos nos artigos 3º, IV, 5º, XLII, XLIII e XLIV, e §3º, 7º, X, 227, §4º e 225.²³⁹

No mesmo sentido, Ponte (2016), Flávio Eduardo Turessi (2015)²⁴⁰ e Carlos Augusto Coelho de Andrade (2019)²⁴¹ reconhecem os artigos mencionados como mandados expressos de criminalização.

Conforme já afirmado, existem mandados de criminalização que foram atendidos pelo legislador, alguns parcialmente tipificados e outros que ainda aguardam a mora legislativa e se encontram omissos de previsão legal e enfrentamento.

Cabe enfatizar que não se enfrentou de forma pormenorizada cada um dos mandados expressos de criminalização neste tópico, pois não é o objeto principal a ser investigado, mas a título exemplificativo, fez-se breves apontamentos.

Um exemplo dos artigos supracitados ser apontado é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é protegido pela carta constitucional como um direito fundamental e a necessidade de resguardo deste bem jurídico se justifica em função da qualidade de vida da humanidade.²⁴² Segundo Flávio Eduardo Turessi, trata-se de proteção de direito humano de terceira dimensão, que pertence ao corpo e evolução social.²⁴³

A tutela difusa do meio ambiente também pode ser observada por outro tipo penal consagrado na Lei 9.605/98, art. 173, 5º.²⁴⁴ No entanto, Ponte (2016) afirma ser possível identificar o excesso legislativo na proteção do bem jurídico. De fato, ainda não houve a elaboração de um sistema processual adequado para a tipificação e punição adequada da pessoa jurídica, fator prejudicial, mas que não afeta a existência deste mandado expresso de criminalização.²⁴⁵

Trata-se de mandado que foi enfrentado pelo legislador, contudo, segundo Luiz Regis Prado (2005), dentro dessa perspectiva excessiva, não deveria o legislador

²³⁹ BRASIL, 1988.

²⁴⁰ TURESSI, *op. cit.*, p. 165.

²⁴¹ ANDRADE, 2019, p. 10.

²⁴² SILVA, 2003, p. 58-59.

²⁴³ TURESSI, 2015, p. 167.

²⁴⁴ **Abuso de incapazes**

Art. 173 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. (BRASIL, 1998).

²⁴⁵ PONTE, 2016, p. 180.

ordinário incorrer na tipificação de condutas que poderiam ser resguardadas como infrações administrativas.²⁴⁶

O combate ao terrorismo é outro mandado expresso de criminalização de grande relevância e ainda não se identificou no sistema de proteção brasileiro a mais adequada forma de enfrentamento e proteção dos bens jurídicos que necessitam de tutela.

Quanto se fala de atentados terroristas, está-se a apontar uma das maiores dificuldades legislativas que envolve a criminalidade sem rosto e a necessidade de atuação transnacional. A carta constitucional prevê expressamente o terrorismo como um crime, enfrentado pelo legislador pela Lei 13.260/2016, que apresenta em seu artigo 2º a conceituação de terrorismo.²⁴⁷ Contudo, antes deste marco legal a única menção no ordenamento jurídico brasileiro sobre o enfrentamento desse tipo de crime estava na Lei de Segurança Nacional, n. 7160/73, que falava em atos de terrorismo.²⁴⁸

A forma de enfrentamento do terrorismo exige a atuação de um Direito Penal prospectivo, pois trata-se de criminalidade complexa, quando a própria resposta penal nunca se mostra suficiente, pois os agentes envolvidos são pessoas que acreditam ser nobre a causa de um ato terrorista a justificar o sacrifício da própria vida.

²⁴⁶ PRADO, 2005, p. 176-177.

²⁴⁷ Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentado contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. (BRASIL, 2016).

²⁴⁸ *Ibid.*

Assim, o que se apresenta como dificuldade para o Direito Penal no enfrentamento deste mandado explícito de criminalização é que ainda se atua com viés retrospectivo, enquanto o que se espera é que se evite a lesão, pois efeito algum surtirá na tutela do maior bem jurídico violado (a vida) ao punir um agressor após a morte de milhares de pessoas, onde um resultado extremamente danoso foi produzido.

Os mandados expressos de criminalização indicam uma obrigatoriedade, não representam margem de liberdade para o legislador deixar de criminalizar, apenas compõem o filtro constitucional para que a tutela possa ser exercida de forma suficiente, conforme as necessidades sociais.

4.3.2 Mandados implícitos de criminalização

Os mandados implícitos de criminalização nascem de uma avaliação da carta constitucional com a identificação de necessária tutela penal, que deve ser proporcional ao bem jurídico protegido. Não se trata da criação de um novo tipo penal, mas da localização de fundamento no texto constitucional que identifique a necessidade de proteção penal adequada de bens jurídicos.

Segundo Ponte (2016), o reconhecimento dessas ordens implícitas de criminalização não pode se dar apenas no campo subjetivo e se faz necessária a eleição de critérios seguros para preservar a Constituição Federal. Para tanto, um mandado implícito de criminalização deve se apresentar como imprescindível de tutela e não contar com previsão expressa ou proteção normativa.²⁴⁹

Duas são as premissas básicas dos mandados implícitos de criminalização: o reconhecimento de que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, exigindo atuação negativa e positiva do Estado, que tem por dever a proteção de agressões e a norma penal é o seu instrumento; a proteção estatal não pode ser ineficiente e se vincula ao princípio da proibição da proteção deficiente, o que sai da esfera da possibilidade e se insere na esfera da obrigatoriedade de proteção por meio das normas penais incriminadoras.²⁵⁰

De acordo com Feldens (2012), os mandados implícitos de criminalização podem ser identificados não apenas na interpretação da Constituição Federal, mas

²⁴⁹ PONTE, 2016, p. 188-189.

²⁵⁰ CANARIS, 2006, p. 143.

nos tratados internacionais, e se a determinação de criminalizar não constar expressamente da narrativa do texto legal, eles se originam da necessidade de proteção pelo Estado em face de graves ataques contra direitos fundamentais.²⁵¹

Nilo Batista afirma que a Constituição Federal apresenta imposições de tutela penal sempre que se identificar ataques a bens essenciais à vida, saúde e bem-estar da sociedade.²⁵²

Com efeito, segundo Ponte (2016), a eleição de bens jurídicos passíveis de proteção pode ser realizada desde que os valores constitucionais sejam preservados, pois a carta constitucional atua como limite negativo do Direito Penal, o que significa dizer que toda criminalização pode ser admitida desde que o texto constitucional não seja desrespeitado.²⁵³

Assim, a Constituição Federal possibilita ao Parlamento brasileiro o espaço mínimo necessário de atuação para enfrentamento dos mandados implícitos de criminalização e para realizar o efetivo combate a diversas formas de criminalidade que violam bens jurídicos coletivos (criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, crimes eleitorais, crimes contra a Saúde Pública, crimes de intolerância). Inclusive, possibilita a atuação de um Direito Penal prospectivo para a proteção desses bens ou interesses.

Esta margem de atuação concedida pela norma constitucional se afigura como necessária quando determinadas condutas tipificadas não são suficientes para a proteção com a atuação do Direito Penal repressivo. Este é um fator que indica a importância no reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização, sempre atrelado a uma pauta de direitos humanos.

Reitera-se, o papel do mandado de criminalização é promover a justiça social, que permite por vezes flexibilizar alguns direitos fundamentais em prol de outros de inquestionável proteção.

Sob tal ótica, a necessidade de combate eficiente dos crimes contra a Saúde Pública justifica o reconhecimento de um mandado implícito de criminalização, que busca proteção por não contar com previsão expressa eficiente. No caso, a proteção penal prevista no ordenamento jurídico é insuficiente e deve deixar de ser apreciada sob a ótica de proteção apenas como um bem jurídico individual.

²⁵¹ FELDENS, 2012, p. 73-81.

²⁵² BATISTA, 2007, p. 90.

²⁵³ PONTE, 2016, p. 187.

Os crimes contra a Saúde Pública merecem guarida do Direito Penal como um bem jurídico supraindividual, pois não é possível determinar a quantidade de pessoas que possam ser lesionadas com condutas criminosas praticadas nas estruturas de instituições públicas pela criminalidade organizada, com a corrupção econômica, que ameaça o equilíbrio e a segurança social.

Neste contexto, a proteção da Saúde Pública enfrenta a difícil tarefa de reconhecimento e tutela como um bem jurídico supraindividual, e sua violação não pode ser visualizada como uma conduta sem relevância. O seu desrespeito compromete o Estado Democrático de Direito e outros bens jurídicos, também de tutela constitucional e reconhecidos como direitos da humanidade (saúde, educação, meio ambiente saudável).

Compete ao Direito Penal, com fundamento constitucional, desempenhar o papel de protetor do bem jurídico saúde como uma obrigação decorrente de um mandado implícito de criminalização que o indica como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, atrelado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e com o reconhecimento como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, II, III e IV da CF).

Sob tal ótica, o bem jurídico Saúde Pública pode ser entendido como mandado implícito de criminalização que necessita do enfrentamento adequado e, se possível, integral pelo legislador. Conta com proteção frágil e deficitária, além de normas desconexas e adaptadas para a atuação de um Direito Penal que protege bens ou interesses individuais, quando, na verdade, sua violação deve ser combativa sob a vertente de proteção dos bens jurídicos coletivos.

A defesa de mandados implícitos é uma construção que não é simples e, para apontar a sua existência, é necessário também indicar os fundamentos da República brasileira e os princípios que o justificam ou então tudo pode violar mandados implícitos.

Essa leitura do artigo 5º da Constituição Federal, além da vinculação com uma pauta de direitos humanos para localização dos mandados implícitos de criminalização, visa ainda à proteção do modelo de Estado adotado, e a não observância coloca em risco a existência desse modelo. É por este motivo que os mandados implícitos expandem seu alcance não só para os direitos humanos, mas para os direitos do modelo de Estado adotado por cada país. Afinal, o objetivo dos mandados de criminalização não é apontar para avanços, e sim retirar o que o texto

permite para título de defesa de determinados bens ou interesses em prol da sociedade.

4.4 Os sistemas sociais e a forma de proteção da Saúde Pública

A construção social e a maneira como o sistema de saúde brasileiro é entendido pelo ordenamento jurídico demonstram a forma como o Brasil assume sua vocação para a proteção da saúde, pois ela se acopla e se condiciona a diversos outros fatores, também de ordem constitucional, como o lazer, a educação, a segurança. Isso demanda do Estado políticas públicas eficientes para o enfrentamento e tutela de bens jurídicos.

Como já delineado no tópico anterior, a forma de enfrentamento da tutela jurídica da saúde pública acompanhou uma evolução quanto ao entendimento do bem jurídico, que de individual passou a ser entendido como um bem jurídico supraindividual.

Este reconhecimento é condição essencial para a definição da forma mais adequada de proteção da Saúde Pública e sua aceitação como um mandado implícito de criminalização implica na forma como o Estado desempenhará o papel de protetor do bem jurídico, conseqüentemente da sociedade, dentro de um Estado Democrático de Direito sem a subversão de valores.

O conceito de saúde deixou de ser o de definição negativa, como a ausência de doenças (já enfrentado no capítulo anterior) e passou a compor a amplitude da saúde física e moral. Desta forma, a saúde pode ser entendida como um sistema social complexo, composto por subsistemas que abrangem e se correlacionam com outros sistemas, necessitando de proteção para tutelar também outros bens jurídicos.

Sandra Regina Martins Vidal (2015), ao estudar a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, afirma que o sistema precisa sobreviver à sua complexidade, motivo pelo qual cria constantemente novas possibilidades para reduzir a sua complexidade. Neste esteio, a saúde constitui um sistema social e diferenciado funcionalmente.²⁵⁴

A construção teórica da saúde como um sistema social é possível, em uma sociedade em permanente transformação, é possível, embora apresente algumas limitações, as quais serão superadas por meio do paradoxo limite/possibilidade. Observamos que o sistema de saúde apresenta claramente autoreferência e autopoiese e, assim, diferencia-se do seu

²⁵⁴ VIAL, 2015, p. 114.

ambiente... São esses desassossegos que tornam valores, como saúde, importantes tanto para o sistema da política como para o sistema do direito.²⁵⁵

Para elucidar, um exemplo clássico apresentado por Niklas Luhmman é o caso do Direito e suas subdivisões em público e privado. Não suficiente, ainda se fraciona em áreas específicas, como administrativo, penal, empresarial e outros. Esse processo corresponde à complexidade do sistema e sua evolução sistêmica, no entanto, diversamente do desenvolvimento do sistema, a evolução não é passível de controle.²⁵⁶

Segundo Niklas Luhmman (1983 *apud* VIAL, 2015):

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem se referir. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente mais domesticado, de menor complexidade, no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema.²⁵⁷

Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Boas Filho (2015), sobre a teoria de Niklas Luhmman, afirmam que os sistemas sociais se comunicam entre si. Para haver um sistema jurídico é preciso a comunicação, contudo é necessária uma comunicação orientada por um código binário (lícito/ilícito). O sistema será único e com fechamento operacional, com aberturas cognitivas, permitidas por intermédio de programas (leis, regramentos e demais premissas e decisões do Direito).²⁵⁸

Niklas Luhmman indica que o pensamento sobre a saúde deve estar ao molde de um sistema social, com destaque ao código binário referido, mas ressalta que o valor que se apresenta para funcionamento do sistema de saúde é o negativo, ou seja, a doença. Se não houver a doença o sistema não funciona de forma funcional e diferenciada dos demais sistemas sociais, mas sempre conectado a rede de comunicação, que é a sociedade.²⁵⁹

La interdipendenze tra medicina ed altri sistemi di funzioni sono molto importante. Il sistema dela medicina è estruturalmente acoppiato com l' economica, la scienza, Il sistema giuridico e cosivvia: la cura medica richiede decisioni politiche, conoscenze scientifiche, finanziamenti, regolazione giuridica. La interdipendenze non intaccano l' autonomia del sistema dela medicina: possono essere coivolti uffici del lavoro, sedute parlamentari,

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ LUHMANN, 1983 *apud* VIAL, 2015, p. 120.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 168.

²⁵⁸ GONÇALVES, 2015, p.109-113.

²⁵⁹ VIAL, 2015, p. 122.

commissioni etiche, preti, parenti, ma la costruzione dela malattia rimane matéria dela medicina. (CORSI; BARALDI; ESPOSIO, 1996, p. 222-223).²⁶⁰

A estruturação do sistema que integra o quadro da saúde brasileira é feita pelo acoplamento de diversos seguimentos sociais. Em um primeiro momento se faz necessária a proteção por atingir um grupo de pessoas, mas assume condição diferente, pois atinge a sociedade como um todo. A partir do momento em que há alteração desse bem jurídico como um bem coletivo, também é necessária a reflexão sobre como o Direito Penal estará atento à proteção frente a novas realidades sociais. Dessas novas realidades e pluralidade de valores, surgem as sensações de insegurança e descontrole.

Para se encontrar a segurança, a sociedade recorre ao Estado e reclama a intervenção do Direito Penal, porque diante de ameaça, busca-se auxílio do instrumento capaz de coibir a violação de bens ou interesses vitais.

É oportuno ressaltar que Teoria dos Sistemas desenvolvida por Luhmann foi utilizada como embasamento para que Günther Jakobs fundasse sua Teoria do Funcionalismo Normativo-sistêmico, o Direito Penal do Inimigo. Embora a teoria, também denominada de Normativismo, desconheça a missão do Direito Penal na qualidade de protetor dos bens jurídicos essenciais para a sociedade (pois parte da prevenção geral positiva como a manutenção na confiança no sistema e reafirma a ideia de sistema de Luhmann de autopoiese – busca corresponder às expectativas normativas da sociedade²⁶¹), ela é relevante para o reconhecimento da necessidade de proteção do sistema social da saúde de forma preventiva, com atuação sistêmica para evitar o perigo de lesão ao bem jurídico.

Manoel Cancio Meliá (2005) afirma que, para a proteção de bens jurídicos dos riscos da modernidade, o Direito Penal recuou a tutela para atos precedentes à lesão. De modo que passou a existir um novo paradigma em relação ao momento de criminalização de condutas com a imputação de responsabilidade penal por atos anteriores aos que efetivamente lesionam o bem jurídico.²⁶²

Contudo, segundo Claudio José Langroiva Pereira (2008), a lei penal não pode se divorciar da realidade social e se petrificar. Os interesses individuais não se

²⁶⁰ CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 222-223 (p. 122 no artigo impresso).

²⁶¹ JAKOBS, 2003, p. 73.

²⁶² MELIÁ, 2005, p. 78.

substituem, mas se somam a existência de interesses universais que, quando violados ou colocados em perigo de lesão, desestabilizam o contexto social.²⁶³

Ponte (2016, p. 201) afirma que “a norma penal não é neutra, pois contém em sua essência uma norma hipotética fundamental que a inspirou uma ideologia”²⁶⁴, e a própria proporcionalidade trabalha com uma lógica em que os valores passam necessariamente em processo de constante verificação.

Assim, a dinâmica da evolução social denominada como sociedade de risco, trouxe reflexos e nomenclaturas ao que se denomina como um novo Direito Penal. No entanto, os riscos sempre existiram, ainda que de forma diversificada e sob outro contexto histórico. Em certo período eram riscos pessoais, patrimoniais como nas grandes ordenações do reino, e hoje está atrelado à coletividade de forma intensificada, com magnitude possivelmente nunca vivenciada, de caráter transnacional.

Isto resulta em uma instabilidade da proposta do ordenamento jurídico atual e leva a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal para um contexto de insuficiência, ou seja, pelo reconhecimento de novos bens jurídicos a serem tutelados, pois as falhas do sistema jurídico na efetiva proteção começam a ressurgir de tempos em tempos, fato que demonstra uma necessidade de constante adaptação das missões do Direito Penal ao meio que se insere.

Interessante a reflexão ao passo que seja possível identificar quais bens jurídicos necessitam de enfrentamento para a proteção da Saúde Pública, como a solidariedade ou a felicidade, com atuação contra a intolerância, e tipos penais adaptáveis às realidades sociais, sempre voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 3º, I, da carta constitucional de 1988.²⁶⁵

Segundo Busato e Huapaya (2007), as missões do Direito Penal fazem parte da orientação sistêmica e dogmática de construção adotada e reflete elementos que são seus objetivos, pois sempre deve haver uma identificação entre o sistema e seus objetivos. Logo, as garantias e lutas de centenas de anos que construíram o dogma

²⁶³ PEREIRA, 2008, p. 79.

²⁶⁴ PONTE, 2016, p. 201.

²⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

do Direito Penal reconhecido como clássico se corroem pelo Direito Penal Moderno, carregado de inconsistências que dificultam o reconhecimento das garantias iluministas.²⁶⁶

Atualmente, a amplitude do termo “supraindividual” coloca a saúde na categoria de valor essencial da condição humana, com reconhecimento na norma positivada, contudo, embora o Direito à saúde seja fundamental, nem sempre se faz efetiva sua tutela individual ou coletiva e a norma deixa de se concretizar para atendimento de parcela da população brasileira.

O que se percebe é que o Direito Penal, enquanto último recurso do Estado, preocupa-se com a proteção do bem jurídico saúde especificando condutas entendidas como violadora da Saúde Pública e não se preocupa em punir adequadamente aquele que não concede a saúde para os cidadãos ou em tratar o tema como crime de perigo, com normas penais abertas. Assim, a preocupação ainda se dá apenas em caráter repressivo, ausente à defesa preventiva do bem jurídico. Neste viés, o Direito Penal clama por uma atuação prospectiva e uma forma diferenciada para a tutela desse bem jurídico.

Turessi (2015) afirma que a teoria do bem jurídico (que tem a missão de proteger bens jurídicos indispensáveis à sociedade) conduz à necessidade de se estabelecer critérios racionais de política criminal para que sejam os bens jurídicos adequados ao modelo de Estado adotado. E uma ajustada política criminal pode alcançar tanto a criminalização como a descriminalização de condutas, com uma simbiose entre a dogmática penal e a política criminal.²⁶⁷

Esta é a linha de entendimento de Winfried Hassemer (2007, p. 206-207) quando afirma que a proteção dos bens jurídicos universais devem ser funcionalizados do mesmo modo que incorre nos bens jurídicos individuais:

A solução por mim privilegiada aos problemas do direito penal moderno consiste no fato de que se retire, em parte, a modernidade do direito penal. Isso significa, primeiramente, uma redução do Código Penal a um “direito penal nuclear” e sobre cujos limites se deve, obviamente, discutir casos individuais. [...] Evidentemente, um código penal não pode renunciar, justamente, nesse momento, aos bens jurídicos universais. Defendo para isso que eles sejam formulados tão precisamente quanto possível e que se deva funcionalizá-los a partir dos bens jurídicos individuais.²⁶⁸

²⁶⁶ BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 34 a 35.

²⁶⁷ TURESSI, 2015, p. 193.

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 206-207.

Não se discute sobre a necessidade de punição para quem, por exemplo, comercializa entorpecentes, especialmente considerando a globalização como um dos fatores de ampliação das organizações criminosas e do tráfico internacional. O tipo é relevante e necessário para um Direito Penal repressivo.

A forma de enfrentamento pelo legislador com a promulgação da Lei de Drogas trouxe tratamento diverso entre traficante e a pessoa surpreendida com entorpecente para consumo pessoal, sendo mandado de criminalização plenamente atendido.²⁶⁹

Segundo Luciano Anderson de Souza (2007), a abordagem de determinadas condutas deveria se fortalecer com políticas criminais e especificação de delitos mais palpáveis e de perigo, com verificação probatória exauriente quanto à materialidade e colocação do bem jurídico protegido em situação juridicamente relevante de risco. O Direito Penal deveria permanecer em um contexto subsidiário, possibilitando a intervenção social adequada por figuras estatais mais eficazes.²⁷⁰

No entanto, não é possível resolver problemas de Saúde Pública apenas com o arcabouço do Direito Penal repressivo, e a realidade brasileira já vivencia a constante criminalização de condutas.

Assim, o enfrentamento de condutas que violem a Saúde Pública necessita de critérios racionais vinculados às políticas criminal e pública, com novas respostas para novos conflitos de interesses.

Neste sentido, Manoella Guz (2010) afirma que o Direito Penal Clássico se volta para as sanções repressivas (carater retributivo da pena), enquanto o Direito Penal Moderno volta-se para evitar condutas lesivas (prevenção do crime). Isso não significa que o Direito Penal tradicional merece ser esquecido, mas é ineficaz perante fenômenos criminais da atualidade.²⁷¹

Essa deve ser a dupla preocupação de combate à criminalidade contra a Saúde enquanto bem jurídico supraindividual, a qual o Estado deveria atender enquanto Democrático de Direito: de um lado, repressivo como a Lei de Drogas, de outro, com atuação preventiva para evitar a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

²⁶⁹ PONTE, 2016, p. 185.

²⁷⁰ SOUZA, 2007, p. 148.

²⁷¹ GUZ, 2010, p. 59.

4.5 Tipificação penal e critério de proteção da Saúde Pública

A tipificação penal em regimes democráticos somente pode ser cumprida com respeito ao princípio da legalidade, com redação clara e precisa sobre o bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a tipificação penal que respeita e confere os valores tutelados da norma (a proteção efetiva de bens jurídicos) pode ser extraída do princípio da taxatividade, positivado na carta constitucional perante o artigo 5º, II e XXXIX.

A observância do princípio da estrita legalidade confere a aplicabilidade do princípio da taxatividade em matéria penal quando da construção de lei ordinária, sobretudo garantindo a participação da vontade popular e a necessidade de segurança jurídica que a sociedade necessita com a tutela do Direito Penal.

Segundo Turessi (2015), a submissão a um tipo penal permite que o Direito Penal tenha pertinência com a necessária adequação típica e isso acontece em virtude de o bem jurídico exercer o papel de fundamento e paradigma limitador ao direito de punição Estatal.²⁷²

Sob uma perspectiva relacionada ao sistema, o Direito Penal vivencia hoje duas vertentes de proteção dos bens jurídicos: dos individuais e dos supraindividuais.

A proteção dos bens jurídicos individuais, como furto ou roubo, é adequadamente enfrentada pelo legislador penal ordinário de forma suficiente, em sua maioria. No entanto, a dificuldade que hoje o Direito Penal vivencia está na forma de proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

Ocorre que o legislador penal apresenta uma dificuldade técnica na forma de manuseio do Direito Penal para tipificar tipos imprecisos, o que dificulta a identificação do bem que a lei penal pretende tutelar.²⁷³ Com efeito, é justamente essa dificuldade técnica que se apresenta na tutela à Saúde Pública, algumas vezes com respaldo desproporcional pelo legislador, como já registrado no caso do artigo 173 do Código Penal (subtópico 4.2) e, muitas vezes violando o princípio da proporcionalidade.

Quando os olhos do Direito Penal se voltam para a proteção da Saúde Pública, o critério de proteção adotado pelo legislador ainda apresenta um viés

²⁷² TURESSI, 2015, p. 200.

²⁷³ *Ibid.*

retrospectivo, com uma atuação repreensiva e desvinculada da realidade criminal que a Saúde vivencia, cuja tipificação se encontra em grande parte omissa.

O bem jurídico saúde está positivado em tipos penais esparsos no ordenamento jurídico brasileiro e não existe hoje um compilado de leis penais/processuais penais ou um microssistema que tipifique de forma efetiva a proteção.

Outra dificuldade enfrentada na proteção penal da Saúde Pública está vinculada com a criminalidade organizada, e a única linha de combate que o Estado possui tipificação está prevista no artigo 288 do Código Penal, ao positivar a conduta ilícita de organizações criminosas. Sendo assim, essa realidade exige da dogmática penal pensar sobre sua adequada localização do bem jurídico protegido.

Um caso de grande preocupação como mandado de criminalização é o tráfico de pessoas. Parte das condutas de tráfico de seres humanos envolve o tráfico de órgãos, delito relacionado à saúde que merece tutela como bem jurídico difuso. No entanto, sua proteção depende de um Direito Penal repreensivo, conforme previsão no Capítulo VI do Código Penal – Dos Crimes contra a liberdade individual, seção I, Dos crimes contra a liberdade pessoal.

O artigo 13, da Lei 13.344/2016, alterou o artigo 149-A do Código Penal, com a imposição de pena de 4 a 8 anos de reclusão quando o tráfico de pessoas se destinar a remoção de órgãos ²⁷⁴. Evidentemente, essa localização do tipo é necessária, mas peculiar, conforme afirma Meliá (2018, p. 168-169):

[...] porque retirar um órgão do doador para um transplante é sem dúvida uma lesão, mas uma lesão justificada expressamente. O que importa não é a saúde individual; se a questão fosse simplesmente proteger a saúde dos doadores, teríamos um crime de lesões corporais. O que realmente importa é que há uma conduta muito similar ao tráfico de pessoas, um verdadeiro mercado. É por isso que a proteção penal é dirigida a uma manifestação concreta que denominamos saúde pública.²⁷⁵

Note que o tráfico de pessoas por intermédio de exploração sexual é tutelado como um mandado explícito de criminalização (artigo 227, Código Penal). Quanto ao tráfico de pessoas com a finalidade de trabalho escravo, há um mandado implícito de penalização. Contudo, quando se discorre sobre o tráfico de seres humanos para fins

²⁷⁴ BRASIL, 2016.

²⁷⁵ MELIÁ, 2018, p. 168-169.

de transplante de órgãos e tecidos humanos, não há tutela do Direito Penal que venha salvaguardar o bem jurídico.

É evidente a omissão do legislador no enfrentamento deste mandado implícito de criminalização e que envolve delito transnacional, com a participação de diversos países. Trata-se de partes de um ser humano como componente do mercado econômico, envolvendo atividade lucrativa sobre a comercialização da vida humana e, segundo Meliá (2018), é possível fazer o triste paralelo com um delito mais conhecido: o crime de corrupção nas transações econômicas internacionais.²⁷⁶

A reflexão do bem jurídico a ser protegido pelo mandado implícito de criminalização, no caso de tráfico de pessoas para fins de transplante de órgãos humanos, ainda deve avaliar qual bem jurídico necessita de proteção quando o delito identificar a saúde como um bem jurídico global, intrinsecamente ligado com o bem jurídico solidariedade humana.

A legislação brasileira tem que estar em harmonia com esses valores dignos de proteção e salvaguardados no texto constitucional, não devendo permanecer omissa ou deixar de enfrentar condutas que violem a solidariedade. Esta última é, inclusive, um dos maiores exemplos vivenciados pelo mundo quando se analisa os danos irreversíveis que a pandemia ocasionada pelo vírus Covid-19 resultou.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli (2020) afirma a veemente necessidade global de dar origem a uma Constituição da Terra, pautada na solidariedade humana, consagrada no artigo 222, das “Cláusulas da solidariedade”. O autor releva que, embora exista a Organização Mundial da Saúde, ela não possui meios de socorrer países pobres, o que resultaria em verdadeira instituição de garantia global, com poderes econômicos necessários, não condicionada a interesses políticos e voltada à garantia a vida dos seres humanos, na qualidade de salto civilizacional.²⁷⁷

Outrossim, é adequado discutir a tutela penal dos interesses difusos e coletivos sob a perspectiva da Teoria do Domínio do Fato, quando se fala de individualização de condutas e aplicação de pena, pois, conforme se nota do artigo 29 do Código Penal²⁷⁸ e da sua exposição de motivos, houve a adoção da teoria restritiva

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 169.

²⁷⁷ FERRAJOLI, 2020.

²⁷⁸ BRASIL, 1940.

da culpabilidade, enquanto o artigo 25 do Código Penal da Alemanha²⁷⁹ faz a subdivisão de papéis entre autor, instigador e partícipe de uma atividade criminosa:

«§ 25. Autoria. (1) É punido como autor quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor). § 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso. § 27. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1.²⁸⁰

De acordo com Alaor Leite e Luis Greco (2013), a análise da Teoria da Imputação Objetiva, desenvolvida por Claus Roxin, possibilitaria critérios específicos durante a análise do acontecimento típico, que foi a alteração significativa apresentada especificamente para o combate de organizações criminosas, conforme uma engrenagem do sistema.²⁸¹

Essa é outra dificuldade enfrentada na proteção penal da Saúde Pública, vinculada com a criminalidade organizada, e a única linha de combate que o Estado possui tipificação está prevista no artigo 288 do Código Penal, ao positivar a conduta ilícita de organizações criminosas, sem individualização de condutas. Trata-se de enfrentamento de criminalidade organizada e exige a atuação de um Direito Penal com meios próprios para combater esse tipo de delito que envolve um sistema social.

Além da dificuldade que ora se apresenta, o critério formal não é suficiente para legitimar a atuação do Direito Penal, pois, segundo Guilherme de Souza Nucci (2014), o crime deve estar redigido no texto legal e a taxatividade deve ser respeitada de modo que não reste dúvidas se a atuação do autor do delito ofende o bem jurídico protegido, seja a título de dolo ou culpa.²⁸²

²⁷⁹ Artigo 25: Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei. (ALEMANHA, 1949).

²⁸⁰ No original: «§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter). § 26. Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. § 27. Beihilfe. (1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.» (GRECO; LEITE, 2014, p. 22-23).

²⁸¹ GRECO; LEITE, 2013.

²⁸² NUCCI, 2014, p. 42.

De acordo com Turessi (2015), fala-se muito em crise do Direito Penal, mas a crise maior e sensível está na deficiência técnica do Parlamento brasileiro para elaborar tipos penais que possuam, de fato, aplicabilidade prática.²⁸³

Os tipos penais devem apresentar com clareza e de forma precisa o bem jurídico que está sendo tutelado, e a proteção do bem jurídico penal coletivo necessita de análise diversa para tutela da sociedade.

Além disso, não há meios de legitimar a elaboração de tipicidade penal quando a conduta narrada pela norma não indicar qual bem jurídico é digno de proteção. Neste sentido, Juarez Tavares (2018) afirma ser necessária a correlação da norma penal com o bem jurídico tutelado.²⁸⁴

Turessi (2016) afirma que o Direito Penal deve buscar uma atuação prospectiva, direcionada ao perigo, como no caso da dificuldade de tutela para a reparação de danos em ações que envolvam o meio ambiente. A vertente de proteção clama pela atuação de um Direito Penal com alicerce em tipos penais abertos, leis penais em branco e uma tipicidade empregada para as condutas omissivas Estatais.²⁸⁵

Este critério é que o deve ser adotado para a proteção da Saúde Pública, possibilitando a criatividade do julgador na interpretação da norma, pois o juiz não deve ser apenas um aplicador de leis penais fechadas, de modo que seja possível avaliar a conduta criminosa, a extensão do dano para a aplicação da pena, mas evitar arbitrariedades.

Para tanto, a adoção de critérios seguros como o princípio da codificação poderia ser um caminho para definição dos principais bens jurídicos a serem protegidos pela norma incriminadora.

No entanto, quando se volta para a atuação do legislador na proteção de crimes de perigo abstrato, a obediência de critérios de legitimidade com especificação precisa do bem jurídico protegido é necessária à vinculação do tipo penal ao bem jurídico. As condutas potencialmente danosas ao bem jurídico devem ser eleitas com a definição dos valores essenciais previstos na Constituição Federal para proteção. O descumprimento desses elementos resultaria no reconhecimento da inconstitucionalidade do tipo penal.

²⁸³ TURESSI, 2015, p. 201.

²⁸⁴ TAVAREZ, 2018, p. 39.

²⁸⁵ TURESSI, *op. cit.*, p. 203.

Nesta linha de raciocínio, Pierpaolo Cruz Bottini (2013) afirma que o princípio da precaução, prudência ou cautela pode ser adotado como critério de regulamentação das atividades quando houver ausência de informações sobre o potencial dano e sua implementação. Este princípio confere ao legislador a possibilidade de atuação quando a ciência deixar um grau de incerteza aos efeitos de determinadas atividades.²⁸⁶

Carlos Gustavo Coelho de Andrade (2019) ainda afirma que a edição da norma penal incriminadora deve se prestar com eficiência as medidas adotadas pelas autoridades estatais, uma vez que promovem atividades investigativas e instrutórias à persecução penal de suas violações.²⁸⁷

Ponte (2016), por sua vez, ao escrever sobre as formas de combate da criminalidade organizada (que também se aplica ao caso da saúde brasileira), afirma a possibilidade de se flexibilizar direitos e garantias individuais, pois sem esse mecanismo torna-se praticamente impossível combater essa forma de criminalidade.²⁸⁸

Feitas essas premissas, pontua-se: a criação de tipos penais de perigo abstratos em detrimento da proteção de bens jurídicos supraindividuais se apresenta como uma solução de enfrentamento dos crimes contra a Saúde Pública brasileira. A codificação de normas penais abertas, com a possibilidade de o julgador mensurar a violação do bem jurídico, possibilitaria uma atuação adaptável às realidades e constante evolução social que o Direito Penal prospectivo vivencia.

O Direito Penal deixaria de atuar como *ultima ratio* e passaria a ser a *primeira ratio* na solução do conflito.²⁸⁹

Outro ponto de extrema relevância é que os delitos que envolvem a Saúde Pública muitas vezes se envolvem com a criminalidade econômica. De acordo com Claus Roxin (2008, p. 8), a prevenção é um caminho eficiente para a proteção de bens jurídicos supraindividuais para esse tipo de delito:

²⁸⁶ BOTTINI, 2013, p. 48.

²⁸⁷ Carlos Gustavo Coelho de Andrade ainda afirma que os mandados implícitos de criminalização partem da premissa de uma criminalização primária e secundária, sendo a criminalização primária decorrente da necessidade de uma lei penal vigente que incrimina condutas, e a secundária consiste nas obrigações administrativas, processuais ou necessárias à investigação penal de crimes. (ANDRADE, 2019, p. 15-17).

²⁸⁸ PONTE, 2016, p. 198.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 199.

Da mesma forma, poder-se-ia enfrentar a grande criminalidade econômica e a criminalidade organizada de modo muito mais eficiente, se fosse possível suspender o sigilo fiscal diante das agências financeiras e obrigar os bancos a informar regularmente à Repartição de Finanças (Finazamt) a respeito das operações financeiras ocorridas em suas contas; com o atual desenvolvimento da tecnologia de comunicação de dados, isto não representaria qualquer problema técnico. Desta maneira, poder-se-ia impedir que as eminências pardas desse tipo de crime fizessem sua lavagem de dinheiro, ou mesmo prendê-las, sem que ocorresse uma intervenção intolerável nos direitos da personalidade, pois todos já são, por motivos fiscais, obrigados a revelar seu patrimônio ao Estado.²⁹⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde se une a fatores culturais e socioeconômicos. De um lado se tem a expansão populacional e a necessidade de prestação e acesso à saúde como um direito universal a ser garantido pelo Estado, de outro estão as crescentes dificuldades do agente estatal em cumprir com a missão de suprir essas necessidades

²⁹⁰ ROXIN, 2008, p. 8.

assistenciais do ser humano, com políticas públicas insuficientes para prestar um atendimento adequado à população brasileira.

O reconhecimento e ampliação da concepção sobre saúde tomou dimensões que vão além da conceituação do termo como a ausência de doença, mas corresponde a um estado de completo bem-estar físico, mental e social, segundo a Organização Mundial da Saúde.

No entanto, quando se analisa a estruturação de proteção da saúde nas constituições brasileiras, poucas são as descrições do termo “saúde” nas cartas constitucionais, de modo que a forma de tutela advinha, em sua maioria, dos regramentos sanitários vigentes à época.

Conforme se observa do aparato legal-constitucional de proteção da saúde, o bem jurídico carecia de proteção na qualidade de bem jurídico difuso e o tratamento de proteção entendia a saúde como um bem individual. Sendo assim, compreender o passado muitas vezes pode ser a resposta para a forma de enfrentamento futura na proteção efetiva de bens jurídicos e a tutela do direito à saúde atualmente se encontra desordenada com a realidade que se vivencia, pois o bem jurídico destoa da proteção de caráter individual e deve ser tutelado na qualidade de bem supraindividual.

Faz-se importante o estudo da teoria do bem jurídico para aprimoramento do tema, pois quando se observa a proteção desse bem como função do Direito Penal, a saúde apresenta duas vertentes de proteção, com viés repressivo e com viés prospectivo, e isso decorre da dinâmica da evolução social, não podendo ficar em desarmonia com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Logo, o Direito Penal encontra na Constituição Federal um limite de atuação em prol da promoção da saúde, que se legitima e passa a reconhecer a necessidade de enfrentar temas fundamentais ao modelo de Estado conforme a dignidade da pessoa humana, compõe o patamar de direitos humanos e reconhece os mandados de criminalização.

Embora o texto constitucional não apresente de forma expressiva o dever de criminalizar condutas que ferem ou possam lesionar a Saúde Pública, os mandados de criminalização possui fundamentação constitucional vinculada a uma pauta de direitos humanos. Logo, são normas que visam à proteção de bens ou interesses independentemente das modificações temporais que a sociedade vivencia.

Nesta linha de entendimento, o reconhecimento dos mandados de criminalização para a proteção do bem jurídico saúde como um bem difuso está ligado à justiça social na proteção de direitos e garantias.

A Saúde Pública é um sistema social e sua acessibilidade no Brasil é reconhecidamente um problema político e jurídico, que envolve os mais diversificados temas, como gestão financeira de recursos e alocação de despesas, planejamento governamental, políticas públicas, previsibilidade de gastos e recursos municipais, estaduais e federais. Tudo resulta em escolhas sobre a forma de enfrentamento de novas formas de criminalidades contra a saúde em prol de viver de forma digna.

Logo, o enfrentamento de criminalidades que ferem o direito à saúde necessita de atuação diferenciada e sistêmica, pois a sua proteção deve se pautar no princípio da precaução com a finalidade de evitar tutelas lesivas ao bem jurídico vida.

A dificuldade técnica que se apresenta ainda está vinculada ao viés retrospectivo de proteção, com respaldo desproporcional na tutela efetiva da Saúde Pública, a qual tem de lidar com a criminalidade organizada, enquanto o Direito Penal necessita de meios próprios para combater esse tipo de delito, que envolve um sistema social.

Diante disso, a criação de tipos penais abertos com margem de interpretação pelo julgador de forma clara e precisa pode auxiliar a tutela do bem jurídico penal coletivo. Além disso, a codificação de temas que incorram em violação do direito supraindividual também pode ser uma resposta a ser apresentada pelo Direito Penal, com viés prospectivo e para evitar a lesão ao bem jurídico e eleição dos principais bens jurídico-penais imprescindíveis de tutela.

A adoção do princípio da precaução também pode ser critério de regulamentação das atividades quando forem ausentes as informações sobre o potencial dano de determinadas atividades. E, não menos importante, é necessária a flexibilização de garantias individuais para o combate da criminalidade organizada contra o sistema de saúde, possibilitando a atuação de um direito penal de *prieira ratio* na solução do conflito.

A dúvida que paira é se o despreparo Estatal no atendimento e concessão de uma saúde de qualidade à população decorre de consequência lógica da ausência de senso de responsabilidade do próprio legislador, que deixa de atender aos preceitos constitucionais obrigatórios e garantidores do pleno desenvolvimento da vida humana.

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABREU, E. A Fisicatura-Mor e o cirurgião-mor dos Exércitos no Reino de Portugal e Estados do Brasil. **Revista do IHGB**, Rio de Janeiro, v. 63, n. 101, p. 154-306, 1900. Disponível em: <https://ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/item/107794-revista-ihgb-tomo-lxiii-parte-i.html>. Acesso em: 22 ago. 2021.

ACURCIO, Francisco de Assis. **Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em:

<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/0243.pdf>. Acesso em 24 de janeiro de 2022.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução Archen Assis Mendonça. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Última atualização em 29 de setembro de 2020. p. 33. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ALTMAN, Max. Hoje na História: 370 a.C. – Morre Hipócrates, considerado o “pai da Medicina”. **Hist. Ciênc. Saúde - Manguinhos**, out. 2014. Mais Notícias. Disponível em: <http://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/hoje-na-historia-370-a-c-morre-hipocrates-considerado-o-pai-da-medicina/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

ALVES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553617883/pageid/265>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. **Mandados Implícitos de Criminalização**. A tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômano**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Livro I. (Coleção Os Pensadores).

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BÍBLIA CATÓLICA. Mateus. Português. **Bíblia Ave Maria**. cap. 8, vers. 1-34. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/sao-mateus/8/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BÍBLIA CATÓLICA. Eclesiastes. Português. **Bíblia Ave Maria**. cap. 38, vers. 1-9. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/eclasiastes/1/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era do dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. Tradução Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei de 30 de agosto de 1828**. Extingue os lugares de Provedor-mór, Physico-mor e Cirurgião-mór do Imperio, passando para as Camaras Municipaes e Justiças ordinarias as attribuições que lhes competiam. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38197-30-agosto-1828-566168-publicacaooriginal-89805-pl.html. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904**. Torna obrigatorias, em toda a Republica, a vacinação e a revaccinação contra a variola. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 15.003, de 15 de setembro de 1921**. Faz modificações no regulamento aprovado pelo decreto n. 14.354, de 15 de setembro de 1920. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15003-15-setembro-1921-505151-norma-pe.html>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923**. Approva o regulamento do Departamento Nacional de Saude Publica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de**

1937. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988]. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal.** Rio de Janeiro: Rorense, 1959. v. 1.

BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução do Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Dilma. Conselhos de Saúde Pública. **Mapa**, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/ultimas-noticias/778-conselhos-de-saude-publica>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 9554, de 3 de fevereiro de 1886.**

Reorganiza o serviço sanitario do Imperio. Disponível em

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9554-3-fevereiro-1886-543197-publicacaooriginal-53270-pe.html>. Acesso em 24 ago. 2021.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 169, de 18 de janeiro de 1890.**

Constitue o Conselho de Saude Publica e reorganiza o serviço sanitario terrestre da Republica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-169-18-janeiro-1890-541634-publicacaooriginal-47261-pe.html>. Acesso em: 4 set. 2021.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 2.449, de 1º de fevereiro de 1897 -**

Publicação Original. Unifica os serviços de hygiene da União. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2449-1-fevereiro-1897-539632-publicacaooriginal-38965-pe.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Wolfgang Scarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANTON FILHO. Fábio Romeu. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CEFOR. **Breve história das políticas de saúde no Brasil**. São Paulo: s.l./s.d. Disponível em: <http://medicinadeemergencia.org/wp-content/uploads/2015/04/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-16-030112-SESMT.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

CHIORO, Arthur; SCAFF, Alfredo. **A Implantação do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Material3_ChioroA.pdf. Acesso em: 24 jan. 2024.

CONDE, Francisco Munoz. **Introducción ao Derecho Penal**. Barcelona: Bosch Editores, 1975.

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Claudio; ESPOSITO, Elena. **Luhmman in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi social**. Milano: Franco Angeli, 1996.

CUNHA, J.P.P., CUNHA, R.E. Sistema Único de Saúde - SUS: princípios. *In*: CAMPOS, F.E., OLIVEIRA JÚNIOR, M., TONON, L.M. **Cadernos de Saúde. Planejamento e Gestão em Saúde**. Belo Horizonte: COOPMED, 1998.

CUNHA, Manuela da Conceição Carneiro da. **Os direitos dos índios**. Ensaios. Documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Hermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 69. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/363690/mod_resource/content/1/DESCARTES_Discurso_do_m%C3%A9todo_Completo.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DONADELI, Paulo Henrique Miotto; CANAVEZ. Luciana Lopes. O Estado Social de Direito na história constitucional brasileira (1934-1988): o reconhecimento e a aplicabilidade dos direitos sociais e a teoria da reserva do possível. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 1., 2014, Franca. **Anais [...]**. Franca: UNESP, 2014. Disponível em: <<https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/-planejamentoeanalisedepoliticaspUBLICAS/isippedes/paulo-donadeli.pdf>>. Acesso em:

24 jan. 2022.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4662435/mod_resource/content/1/ENGELS.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Tania Maria. Vacina antivariólica: visões da Academia de Medicina no Brasil Imperial. **Hist. Ciênc. Saúde – Manguinhos**, v. 11, n. 1, p. 141-163, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/jTh9CHLwsjyvskgwwtWjQxj/?lang=pt#>. Acesso em: 22 ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luiji. O vírus põe a globalização de joelhos. **Instituto Humanitas Unisinos**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 23 jan. 2022.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 23, n. 44, 2002, p. 227. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>. Acesso em: 14 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Historia da Loucura na Idade Clássica**. Tradução Nilton Cunha. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

FRANCO, Afonso Arino de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2018. (Coleção Constitucionalismo Brasileiro). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983048/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

FRANCO, Olair. **História da Febre Amarela o Brasil**. Rio de Janeiro: 1969.

Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0110historia_febre.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do homem e do cidadão. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 4 set. 2021.

GALVÃO, Marcio Antonio Moreira. **Origem das políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930**. Textos do Departamento de Ciências Médicas. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, s.d. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107849/RTDoc%2016-10-06%203_47%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

GUZ, Manoella. **Bem jurídico penal difuso e coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. Sobre a Arquitetura de um Direito Penal da Segurança. **Direito Público**, n. 14, out./ nov./ dez., 2006. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/534/1/Direito%20Publico%20n142006_Winfried%20Hassemer.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIPÓCATRES. **Tratado sobre os ares, as águas e os lugares**. Tradução Lucas

Alexandre. 5. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Positivista, 1930. Disponível em: https://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=Igreja_Pos&pagfis=556
1. Acesso em: 19 jun. 2021.

HIPONA, Aurélio Agostinho de. **Confissões**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos – O breve século XX 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4071685/mod_resource/content/1/Era%20dos%20Extremos%20%281914-1991%29%20-%20Eric%20J.%20Hobsbawm.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930-1945). **Educar**, Curitiba, n. 25, p. 127-141, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/YFprXwcGwr3jrnCXwRM8Tgb/?format=pdf&lang=p>. Acesso em 24 jan. 2022.

ITALIA. **Constituição da República Italiana**. Roma: Senato della República, 2018.

JAKOBS, Gunther. **Sobre la teoria de la pena**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Depto. de Publicaciones-Universidad Extemado de Colombia Fotomecánica, 1998.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**. Direito Penal Constitucional e os limites da criminalização. Curitiba: Juruá, 2017.

KRAMER, Heinch; SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras**. Tradução Paulo Froes. 27. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: 2015.

LEFÈVRE, F. Família, Relativismo Cultural e Injustiça Social no Campo do Desenvolvimento Humano. **Rev. Bras. Cresc. Des. Hum.**, São Paulo, v. 1, n. IV, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/download/38124/40856/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

LINHARES, Maria. **História Geral do Brasil**. Barueri: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595155831/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. I.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3.

ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MÁRCIA, Dometila Lima de. **Função Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de Crise Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2020. (Edição Kindle).

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELIÁ, Manoel Cancio. **Tráfico de Pessoas: o tráfico de órgãos sob a perspectiva espanhola**. Palestra Proferida em 18 de outubro de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/laisb/Downloads/384-Texto%20do%20Artigo-340340489-3-10-20190130.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Everardo Duarte. Sobre a história da saúde pública: idéias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 2, n. 5, 2000, p. 251-264. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/4YsvxPZk3DmWXxbnKxHT8mK/?lang=pt#>. Acesso em: 9 ago. 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 263-265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553617883/pageid/265>. Acesso em: 24 ago. 2021.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-Penal e Constituição**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

PARLAMENTO. **Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2021.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. **Mandados de Criminalização decorrentes de Tratados de Direitos Humanos**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. Saúde Pública como tema constitucional. **Sequencia - Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 7, n. 12, 1986. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16636>. Acesso em: 23 jan. 2022.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCrim, 2002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**: tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 94.

PIMENTA, Tânia Salgado. Médicos e Cirurgiões nas primeiras décadas do Século XIX no Brasil. Dossiê História das Doenças e das Práticas do Curar nos Oitocentos. **Almanack**, Guarulhos, n. 22, p. 88-119, ago. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/alm/a/qYtYLMpTh4SgzGSzqWq9Sg/?format=pdf>. Acesso em: 6 ago. 2021.

PLATÃO. **A República**. Tradução Editora Martin Claret. São Paulo: Martin Claret, 2006.

POLIGNANO, Marcus Vinicius. **História das políticas públicas de saúde no Brasil**. Uma pequena revisão. Disponível em: <http://medicinadeemergencia.org/wp-content/uploads/2015/04/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-16-030112-SES-MT.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PORTO, Paulo Alves. Os três princípios e as doenças. **Química Nova**, v. 20, n. 5, p. 569-572, 1997. Disponível em: http://static.sites.s bq.org.br/quimicanova.s bq.org.br/pdf/Vol20No5_569_v20_n5_20.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito a Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Bichat De Almeida; ALVES, Amaro Luiz. **Evolução Institucional da Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 1977.

ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **A Proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Maria Celeste. Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. **O novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado**. Percepções cognitivas na interpretação da norma. São Paulo: Max Limonad, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 4, p. 1-22, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 24/01/2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SENADO. **Decreto n. 82 - de 18 de julho de 1841**. Fundando um Hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com a denominação de Hospício de Pedro Segundo. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SENADO. **Decreto n. 273 - de 25 de fevereiro de 1843**. Designa, e regula os trabalhos da Secretaria de Estado dos Negócios do Império. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/386797/publicacao/15634804>. Acesso em: 11 ago. 2021.

SENADO. **Decreto nº 464, de 17 de agosto de 1846**. Manda executar o Regulamento do Instituto Vaccinico do Império. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387772/publicacao/15632362>. Acesso em: 4 set. 2021.

SENADO. **Decreto 598, de 14 de setembro de 1850**. Concede ao Ministério do Império hum credito extraordinario de duzentos contos para se exclusivamente despendido no começo de trabalhos, que tendão a melhorar o estado sanitario da Capital e de outras Povoações do Império. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-598-14-setembro-1850-559839-publicacaooriginal-82251-pl.html> . Acesso em: 24 ago. 2021.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 30, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt&format=p>

df. Acesso em: 10 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOCIEDADE DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. *In*: ESCOLA ANATÔMICA, CIRÚRGICA E MÉDICA DO RIO DE JANEIRO. **Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930)**. Disponível em: <http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br>. Acesso em: 22 ago. 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRAUB, R. O. **Psicologia da saúde**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos – Proteção Penal, fundamento e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. **Dir. sanit.**, São Paulo, v. 16, n.1, p. 112-127, mar./jun. 2015. p. 114. Disponível em: [file:///C:/Users/Windows%2010%20Pro/Downloads/100027-Texto%20do%20artigo-174424-1-10-20150703%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Windows%2010%20Pro/Downloads/100027-Texto%20do%20artigo-174424-1-10-20150703%20(1).pdf). Acesso em: 24 jan. 2022.

VILLARREAL, Pedro A. El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de Poblete Vilches vs. Chile. *In*: ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura (coord.). **Interamericanización del derecho a la salud – Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKARM, Alejandro. **Derecho penal, parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.