A tutela penal da saúde pública: mandados constitucionais implícitos de criminalização e a violação do princípio da proporcionalidade[*]

Protección penal de la salud pública: mandatos constitucionales implícitos de criminalización y vulneración del principio de proporcionalidad

Criminal protection of public health: implicit constitutional mandates for criminalization and violation of the principle of proportionality

Laís Berti Resqueti

Doutoranda, PPG em Filosofia do Direito (PUC-SP)

RESUMO: Contextualização: O presente estudo discorre sobre a obrigatoriedade de enfrentamento do mandamento constitucional implícito de criminalização para efetivação da integral proteção jurídico-penal da saúde no território brasileiro, contextualiza a forma de proteção sob o enfoque individual que o bem jurídico na maioria das vezes foi tratado pelo cenário legislativo brasileiro, aborda a necessidade de proteção penal da saúde na qualidade de bem jurídico supraindividual e problematiza as dificuldades no tratamento criminal da saúde com o objetivo de identificação dos possíveis caminhos para o enfrentamento desta criminalidade pela norma penal. Apresenta também as dificuldades de efetiva proteção do bem jurídico que necessita do atuar legislativo pelo Parlamento brasileiro na criação de mecanismos de defesa na seara individual e coletiva face ao crescimento de novas formas de criminalidade, o que exige do direito penal novas vertentes de abordagem a partir do fenômeno da globalização. **Métodos:** Assim, por intermédio do método hipotético-dedutivo. **Objetivos:** a pesquisa abarca a necessidade de efetiva tutela da saúde enquanto bem de interesse individual e coletivo, com possíveis soluções de proteção mediante um paralelo aos mecanismos de atuação para o enfrentamento e combate ao terrorismo, quando lida com a criminalidade sem rosto. **Resultados:** Os resultados da pesquisa são conclusivos ao verificar que a maior parte da doutrina compreende que direito penal repressivo não é suficiente para o combate de delitos que causam lesam ou perigo de lesão ao bem jurídico difuso, e a forma de enfrentamento desta criminalidade não pode ser combatida como se um bem jurídico unicamente individual fosse, cuja proporção de danos pode ser irreversível à humanidade. **Conclusão:** que a inércia legislativa configura violação às ordens constitucionais implícitas e merece ser enfrentada sob um novo enfoque de atuação sistêmica e prospectiva criminal, com a possibilidade de relativização de alguns direitos individuais do agente infrator para obtenção de êxito na proteção do bem jurídico-criminal de maior relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Direito Penal. Bem jurídico supraindividual. Mandados implícitos de Criminalização.

***RESUMEN**: **Contextualización:** Este estudio discute la obligación de hacer frente al mandato constitucional implícito de criminalización para alcanzar la plena protección jurídico-penal de la salud en Brasil, contextualiza la forma de protección desde el punto de vista individual que el bien jurídico más a menudo ha sido tratado por el escenario legislativo brasileño, aborda la necesidad de protección penal de la salud como bien jurídico supraindividual y problematiza las dificultades en el tratamiento penal de la salud con el objetivo de identificar posibles formas de hacer frente a esta criminalidad a través del derecho*

[*] Esse trabalho foi apresentado originalmente no V Congresso Internacional de Direito da Saúde, realizado em 19, 20 e 21 de outubro de 2023 na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Em função da recomendação de publicação da Comissão Científica do Congresso, fez-se a presente versão.

penal. Presenta también las dificultades de protección efectiva de este bien jurídico, lo que exige la acción legislativa del parlamento brasileño para crear mecanismos de defensa del mismo a nivel individual y colectivo frente al crecimiento de nuevas formas de criminalidad, lo que exige al derecho penal la adopción de nuevos enfoques basados en el fenómeno de la globalización. ***Métodos:*** *así, utilizando el método hipotético-deductivo.* ***Objetivos:*** *la investigación abarca la necesidad de protección efectiva de la salud como bien de interés individual y colectivo, con posibles soluciones de protección mediante un paralelismo con los mecanismos de abordaje y lucha contra el terrorismo, al tratarse de delincuencia sin rostro.* ***Resultados:*** *Los resultados de la investigación son concluyentes al verificar que la mayoría de la doctrina entiende que el derecho penal represivo no es suficiente para combatir los delitos que causan daño o peligro de daño a bienes jurídicos difusos, y la forma de enfrentar este delito no puede ser combatida como si se tratara de un bien jurídico exclusivamente individual, cuya proporción de daño puede ser irreversible para la humanidad.* ***Conclusiones:*** *que la inercia legislativa constituye una violación de las órdenes constitucionales implícitas y que merece ser abordada bajo un nuevo enfoque de acción penal sistémica y prospectiva, con la posibilidad de relativizar algunos derechos individuales del agente infractor para lograr el éxito en la protección del bien jurídico-penal más importante.*

PALABRAS CLAVE*: Salud. Derecho Penal. Bien jurídico supraindividual. Órdenes implícitas de criminalización.*

ABSTRACT*:* ***Context:*** *This study discusses the obligation to confront the implicit constitutional mandate of criminalization in order to achieve full legal-penal protection of health in Brazil, contextualizes the form of protection from an individual perspective that the legal good has most often been treated by the Brazilian legislative scenario, addresses the need for criminal protection of health as a supra-individual legal good and problematizes the difficulties in the criminal treatment of health in order to identify possible ways of confronting this criminality through the criminal law. It also presents the difficulties of effectively protecting this legal asset, which requires legislative action by the Brazilian Parliament to create mechanisms to defend it on an individual and collective level in the face of the growth of new forms of criminality, which requires criminal law to adopt new approaches based on the phenomenon of globalization.* ***Methods:*** *thus, through the hypothetical-deductive method.* ***Objective:*** *the research addresses the need for effective protection of health as a good of individual and collective interest, with possible protection solutions through a parallel to the mechanisms of action for confronting and combating terrorism, when dealing with faceless crime, since it deserves to be faced.* ***Results:*** *The results of the research are conclusive in verifying that most of the doctrine understands that repressive criminal law is not enough to combat crimes that cause damage or danger of damage to the diffuse legal good, and the way to deal with this crime cannot be fought as if it were a solely individual legal good, the proportion of damage to which can be irreversible for humanity.* ***Conclusions:*** *that legislative inertia constitutes a violation of implicit constitutional orders and a new approach of systemic and prospective criminal action, with the possibility of relativizing some individual rights of the offending agent to achieve success in protecting the most relevant legal-criminal good.*

KEYWORDS*: Health. Criminal Law. Supra-individual legal good. Implicit criminalization orders.*

Introdução

A presente investigação apresenta necessidade de proteção penal da saúde pública na qualidade de bem jurídico supraindividual e atendimento aos mandados de criminalização implícitos previstos na Carta Magna de 1988, que comanda ordens diretas ao legislador para o enfrentamento de seu dever de legislar sobre o tema, conforme o direito penal de seu tempo. Aborda o crescimento da criminalidade organizada, que precisa da atuação de um Direito Penal prospectivo para efetiva proteção do bem jurídico em atendimento ao princípio da proteção penal eficiente, consequentemente, respeito ao princípio da proporcionalidade.

O primeiro tópico da pesquisa compreende a forma como a saúde pública foi inicialmente protegida, seu reconhecimento na qualidade de bem jurídico individual para também supraindividual e a atual forma de proteção do bem jurídico-penal pelo legislador. Apresenta problemática que o legislador deve enfrentar para garantir tutela legislativa criminal dada importância que o tema merece, pois determinadas lesões a saúde possuem repercussão global e podem ser irreversíveis.

A segunda parte se direciona ao principal objetivo da pesquisa, que é o reconhecimento da saúde como um mandado implícito de criminalização, a obrigatoriedade Constitucional de enfrentamento do tema pelo Parlamento na criação de mecanismos de proteção do bem jurídico penal, pautado no princípio da proporcionalidade e da proteção penal insuficiente.

E, o terceiro tópico investiga os meios de enfrentamento da problemática apresentada, que depende da atuação além de um direito penal repressivo, deve buscar atuação sistêmica e um aparato de fatores governamentais especializados para tutela penal em uma sociedade com crescente evolução tecnológica.

Concluiu-se que a inércia legislativa configura violação às ordens constitucionais implícitas, eis que ocasiona verdadeira afronta aos princípios da proporcionalidade e da proteção penal insuficiente, motivo pela qual deve ser enfrentada por intermédio de um direito penal que regulamente as novas formas de criminalidade, inclusive com a possibilidade de relativização de direitos individuais do agente infrator, que muitas vezes se utiliza da pessoa jurídica para obtenção do intento criminoso.

A relevância da pesquisa está no reconhecimento que o bem jurídico-penal saúde merece na qualidade de bem individual e supraindividual e sua violação, seja por ação ou omissão, gera risco direto ao bem jurídico vida, afeto a toda humanidade.

O trabalho possui como metodologia de pesquisa o método hipotético-dedutivo e se utilizada de pesquisa bibliográfica, periódicos científicos e legislação aplicável à matéria.

1 Resultados e discussão

O resultado da presente pesquisa científica é conclusivo no sentido de que a saúde necessidade de proteção jurídico-criminal individual e supraindividual.

Identifica que a proteção criminal da saúde na seara repressiva enquanto bem jurídico individual é satisfatória, no entanto, a maior parte da doutrina entende que a mesma atuação repressiva do direito penal não pode ser utilizada para a proteção do bem jurídico em sua vertente supraindividual. Assim, aponta para a necessidade de enfrentamento da norma penal pelo parlamento brasileiro, que possui a obrigação de atender os mandados de criminalização, certo que o bem jurídico saúde corresponde a uma ordem implícita de penalização e a violação desta ordem resulta no descumprimento do princípio da proteção penal eficiente de bens jurídicos, consequentemente, viola o princípio constitucional da proporcionalidade.

A atuação do Direito Penal para efetiva proteção do bem jurídico saúde merece ser avaliada de forma sistêmica e prospectiva, inclusive com a possibilidade de

relativização de direitos individuais do infrator para possibilitar o êxito na proteção do bem jurídico de maior relevância, ou seja, a vida.

1.1 O tratamento penal do bem jurídico saúde

O conceito de saúde almejado pelo Estado Brasileiro não se resume apenas na ausência de doença, mas adota o significado trazido pela Organização Mundial da Saúde em 1946, sendo a busca pelo completo bem-estar físico, mental e social da população, que depende da efetividade do direito universal a saúde, por intermédio de políticas públicas de justiça igualitária (Scliar, 2007, p.30).

A Carta Magna de 1988, no artigo 196, recepciona a saúde como um bem jurídico de natureza supraindividual, ainda traduz a necessidade de promoção da saúde ao afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, merece ser garantido por políticas sociais e econômicas que busquem a redução do risco de doenças e de agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços, visando sua promoção, proteção e recuperação (Constituição, 1988).

No entanto, a maneira como o Direito se delineou para proteger a saúde no Brasil parte de uma premissa de estruturação legal desconexa com a realidade vivenciada e deixa de atender integralmente a necessidade de previsões de proteção do direito a saúde como um bem jurídico supraindividual.

Apenas na Constituição de 1988 é que a saúde passou a ser encartada como um Direito Social de forma expressa, o que decorre de uma política de promoção da saúde para todo e qualquer usuário do sistema de saúde advinda de anos de construção de mecanismos para a proteção do bem jurídico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

As crises econômicas e político-sociais antecedentes ao período de 1939-1945 demonstram suas causas, catástrofes geradas e o que precisava ser evitado no futuro. A saúde passou por este processo, acompanhou a reestruturação dos direitos humanos em período pós Segunda Guerra Mundial, com diferenciação da saúde privada e pública, identificação de doenças, campanhas mundiais de erradicação, além da expansão de responsabilidades e atribuições públicas do Estado, com reivindicações de acesso aos cuidados médicos como direito de todo cidadão (Pires *et al.*, 2023, pp. 154-166).

Em contrapartida, quando se volta o olhar para a tutela da Saúde no Brasil sob o viés do Direito Penal, o cenário demonstra que a penalização de delitos contra a saúde se submeteu, em sua maioria, a tutela repreensiva e não ao aspecto prospectivo que o bem jurídico buscava reconhecimento.

A título exemplificativo, eis que este não é o objeto principal desta pesquisa, a estrutura cronológica de proteção da saúde pode ser observada sob o enfoque dos Códigos Penais brasileiros.

Embora não seja o objeto principal da pesquisa, digno de menção que a construção legislativa brasileira apresentou grande preocupação legal com questões organizacionais

do Estado e da estrutura de Governo, mas delegou a segundo plano a importância legislativa no tratamento sanitário e epidemiológico.

O início da tutela penal da saúde pública decorre de tímidas rotulações de crimes que hoje o Direito Penal preceitua dentre títulos como "Dos crimes contra a incolumidade pública", crimes sanitários ou crimes contra a saúde pública propriamente ditos.

Repisa-se que a presente pesquisa não se destina a realizar a avalição histórica sobre a integral construção da proteção da saúde nas legislações criminais, mas apresenta aspectos que demonstram como o Direito Penal ainda precisa de reformas na legislação penal sanitária, formulação de novas tipificações penais, maneiras de abordagem no trato de delitos contra a saúde e respeito aos princípios do direito, especialmente o princípio da codificação, com a possível unificação das legislações esparsas que regulamentam os crimes contra a saúde pública.

A promoção da saúde no território brasileiro é orientada também pelo compromisso internacional assumido pelo Estado Democrático de Direito quando o Brasil se tornou membro signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. O documento também foi assinado e aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de janeiro de 1991(Senado, 1991) e Decreto Presidencial n. 591, de 6 de julho de 1992 (Câmara dos Deputados, 1992).

Referido Pacto entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992 – poucos anos após a edificação da Constituição Federal de 1988 – e reforça a obrigatoriedade Estatal em garantir, promover e conceder a saúde na qualidade de um direito da humanidade.

Ressalta-se, a título exemplificativo, previsões como a do artigo 12, quando tutela o direito de toda pessoa de desfrutar do melhor nível possível de saúde física e mental (Brasil, 1969). Isto se refere ao dever de garantir ao usuário do sistema de saúde a acessibilidade, inclusão e integralidade nos modos e meio como é oferecida para o indivíduo. É dever estatal expresso, conferir os tratamentos médicos com a criação de todas as formas de assistência e serviços médicos em casos de enfermidades.

Segundo Flavia Piovesan, o ordenamento jurídico brasileiro alberga em sua Constituição Federal a preocupação com o direito à saúde, que se configura num direito com múltiplas perspectivas, ou seja, direito de todos os cidadãos e dever do Estado, no sentido de prover meios e recursos de acesso e promoção da saúde (Piovesan *et al.*, 2006, p. 144).

Não se pode ignorar o preceito constitucional que prevê aos direitos sociais à saúde uma dotação orçamentária própria, segundo disposto no artigo 34 da Carta Constitucional (Brasil, 1824). O que o poder constituinte buscou resguardar com a reserva orçamentária foi o mínimo de saúde financeira com a imposição de obrigatoriedade de gestão aos entes públicos, que são administrados por pessoas eleitas por intermédio de decisão do povo para compor cargos políticos, sob quem também recai a alta responsabilidade de gerir, regulamentar, incentivar e conceder a saúde para os usuários do sistema.

Esta obrigatoriedade, inclusive, trata-se de tríplice vertente, integrada pela União, Estado e Municípios, onde o executivo municipal é o responsável da "ponta da linha" em acessar diretamente a necessidade essencial do indivíduo e prover o mandamento

constitucional do artigo 196 da Constituição Federal, citado alhures. A não concessão desse direito, pode incorrer ainda em crime de responsabilidade ou de Renúncia de receita prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Conforme afirma J.J. Gomes Canotilho o problema que atualmente os direitos sociais têm se deparado (direitos prestacionais) está em "levar a sério" o reconhecimento constitucional de direitos como ao trabalho, saúde, educação, cultura, ambiente. As dificuldades que demandam um tipo de direitos subjetivos não devem ser o objeto central para não efetivação prática, por ele denominada acionabilidade de direitos. Não se pode tratar o tema como simples "aleluia jurídico", que também não pode ser deixado ao arbítrio de maiorias parlamentares (Canotilho, 2004, p. 35).

Como aludem as cartas constitucionais, tratados e legislações penais, o tratamento do bem jurídico-penal saúde na atualidade possui o reconhecimento de um direito social, está integrado a uma pauta que reflete a indivisibilidade dos direitos humanos e merece os esforços Estatais em sua positivação e efetivação prática perante a sociedade. Trata-se de mecanismo de justiça igualitária.

Por sua vez, os direitos humanos compõem um rol de direitos autênticos que merecem o compromisso com a integração social de verdadeiros direitos fundamentais acionáveis, exigíveis com responsável atenção ao tema. Esse entendimento reflete a necessidade de serem reivindicados como direitos e não como medida de caridade, generosidade ou compaixão (Piovesan, 2018, p .185).

Oportuna as citações referentes a forma de construção da proteção da saúde, as contribuições constitucionais e internacionais para o trato com o tema na medida que a concepção contemporânea possui reflexos diretos dos eventos históricos que contribuíram para a maneira como o Código Penal trata o bem jurídico-penal hoje.

Os crimes contra a incolumidade pública estão previstos no Código Penal de 1940 no Título VIII, da Parte Especial, entre os artigos 250 e 285. São delitos que podem causar lesão ou perigo de lesão para a vida, integridade e coletividade. Logo, o bem jurídico projeta sua necessidade de proteção a um número determinado (quando individual) e indeterminado de pessoas (quando supraindividual).

A partir dessas mudanças também estão os crimes contra a saúde pública no Capítulo III, a se iniciar a partir do artigo 267 do Código Penal.

As previsões delitivas que tutelam o bem jurídico ainda podem ser encontradas em instrumentos legais esparsos, como no Código de Defesa do Consumidor, que trata dos crimes contra a relação de consumo, previstos nos artigos 63 a 74, na Lei de Biossegurança, que trata da pesquisa científica, prática de engenharia genética, clonagem humana, organismos geneticamente modificados, previstos no artigo 24 e seguintes.

Não se desconhece que a maneira de proteção do bem jurídico vem sendo estruturada na sociedade conforme a evolução dinâmica e sistêmica entre o meio e ambiente como ensina Niklas Luhmman ao tratar da Teoria dos Sistemas Sociais. Contudo, passível de significativas melhoras ao se abordar os direitos sociais no sistema jurídico brasileiro, incentivado ainda pelo sistema global de proteção da saúde.

Com a estruturação do Sistema Único de Saúde, os incentivos e políticas públicas para a promoção da saúde, de fato, ampliaram a forma de se reconhecer a necessidade de

proteção do bem jurídico na qualidade supraindividual. As legislações supracitadas são reflexo de luta pela busca da tutela penal de bens e interesses difusos.

É possível compreender, segundo Antonio Carlos da Ponte, que a legislação penal da saúde se edificou na primeira metade do século passado para socorrer bens jurídicos penais individuais, não direcionando importância aos bens jurídicos difusos e coletivos tampouco possuindo uma Carta Magna como a de 1988, expressa em garantir a saúde como um direito de todos e dever estatal, com acesso igualitário e universal as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E, essas medidas do Estado dependem de políticas sociais e econômicas efetivas (Ponte, 2021, pp. 115-116).

Essas considerações, a respeito da maneira que a proteção do bem jurídico, são importantes em virtude da seriedade que a proteção penal do bem jurídico merece, bem como da necessidade de comprometimento do legislador em atender as ordens constitucionais, afinal, o Estado é Democrático e Social de Direito.

Nesta linha de raciocínio e em sequência, aponta-se para o atendimento das ordens criminais constitucionais que são verdadeiras obrigatoriedades impostas ao Parlamento brasileiro na proteção do bem jurídico.

1.2 O bem jurídico, saúde, como um mandado implícito de criminalização e a violação do princípio da proporcionalidade

Os comandos constitucionais de criminalização são ordens de proteção de alguns direitos fundamentais essenciais para o primado da dignidade da pessoa humana. No caso da saúde pública, trata-se de regras com vistas à garantia da proteção dos direitos sociais, mesmo nos casos em que a aplicabilidade da norma constitucional demande de atuação e respaldo principiológico, como no caso do princípio da proporcionalidade a ser apreciado.

As ordens de criminalização direcionam o legislador ao enfrentamento e positivação de temas na medida que a constituição aponta ao Parlamento quais os bens jurídicos que devem obrigatoriamente ser protegidos no âmbito criminal. No entanto, a finalidade dos mandados de criminalização não se trata de ordenar, mas delimitar os espaços mínimos de sua atuação. Por esse motivo, a Constituição Federal atua como limite negativo ao Direito Penal, eis que toda a criminalização que não atente contra o texto da carta magna será aceita, ou seja, desde que os valores constitucionais sejam preservados, é possível o enfrentamento do tema indicado por um mandado de criminalização (Ponte, 2016, p. 117).

> "…a partir do conceito de bem jurídico como síntese normativa de um interesse, poder-se-ia entender esse interesse em sentido mais amplo, considerando que só há interesse quando haja idoneidade, necessidade e ofensividade relacionadas ao seu objeto. Tal alternativa, acabaria, porém, por alargar muito o conceito de bem jurídico e, pior que isso, por normatizá-lo em demasia. Entendendo-se que o bem jurídico deve continuar a constituir a ponte entre a realidade e a norma, melhor entender o conceito e seus pressupostos de forma restrita, deixando a análise da legitimidade da intervenção penal vinculada também a outros critérios, entendidos de forma autônoma. De todo modo, conclui-se que a teoria do bem jurídico oferece, por si mesma, apenas critério negativo de limitação, e não de justificação da intervenção penal (Bechara, 2014, p. 367)".

Os mandados de criminalização são comandos implícitos ou expressos presentes na Constituição Federal para a tutela desses bens jurídicos dignos de proteção. Assim havendo bens jurídicos elencados como carecedores de proteção e inexistindo violação constitucional, cabe ao Parlamento brasileiro a função de enfrentamento do tema como medida de justiça social.

A teoria do bem jurídico se preocupa em estabelecer o vínculo entre a realidade a norma como já mencionado, busca apontar a limitação da Constituição Federal face às novas realidades e proteção penal insuficiente. Assim, se a teoria do bem jurídico concede legitimação para a intervenção penal, se há mandados de penalização previsto no texto constitucional, essas ordens devem ser atendidas pelo legislador.

Os mandados de penalização, podem ser mandados expressos ou implícitos de criminalização. Os expressos são ordens diretas trazidas sobre a necessidade de previsões criminais quanto a edição de leis, também conhecidos como explícitos, conforme pode ser observado nos dispositivos dos artigos. 3, IV, 5º, XLII, XLIII e XLIV; no §3º; no artigo 7º, X, artigo 227, §4º e artigo 225 (Ponte, 2016, p. 175-176).

Os mandados implícitos de criminalização, noutro turno, avaliam a relevância penal e sopesam os valores consagrados para a eleição da necessidade de norma, mesmo que ainda não exista o apontamento constitucional expresso. Este entendimento é consequência lógica da necessidade de preservação de bens essenciais afetos a vida humana.

Nesta linha de raciocínio, o bem jurídico saúde pode ser entendido como um mandado implícito de penalização presente na Constituição Federal, que se direciona ao legislador para que atue com a finalidade de resguardar criminalmente toda e qualquer conduta que atente contra a saúde.

Esta obrigatoriedade constitucional ordenada pelos mandados de criminalização é verdadeira "ordem de valores" direcionada ao legislador ordinário com o dever de observação mínima e cumprimento da penalização para proteção desses valores identificados (Feldens, 2005, p. 73). Ela visa a proteção adequada e integral de bens jurídico.

Para tanto, a tarefa destinada ao papel dos mandados de criminalização é combater de forma eficiente as lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos, pois a atuação do Direito Penal se legitima na Constituição por intermédio da instituição das infrações penais que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido (Ponte, 2016, p. 189).

O papel ditado pelo Direito Penal com a identificação dos valores constitucionais passíveis de salvaguarda de forma eficiente, adequada e integral se reforça no julgamento da matéria da proibição da proteção penal deficiente dos direitos fundamentais. Esta foi analisada pela primeira vez perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376- 5/MS, em 09 de fevereiro de 2006 (Brasil, ADI n. 6.341/DF).

O julgamento traduz o entendimento de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, corolário lógico da razoabilidade, para oferecer a adequada proteção penal a bens jurídicos. Foi aqui o surgimento da teoria dos Mandados de Criminalização que, segundo Moraes (2014, pp. 57-58), são "instrumentos da Constituição que visam oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais quando expostos a lesões ou perigo de lesão de agentes estatais ou de particulares"

O princípio da proporcionalidade perante o julgado supra demonstra sua importância na garantia dos direitos fundamentais, em dupla vertente: proibir o excesso do Estado e evitar a proteção jurídica insatisfatória (Ponte, 2021, p.69).

Quando um mandado implícito de criminalização não é atendido pelo legislador, enquanto responsável por legislar sobre o tema, também ocorre o desrespeito ao princípio da proporcionalidade, e a violação está, quanto a ausência de proteção penal, suficiente, se trata de violação a uma ordem constitucional.

Fato é que, uma leitura constitucional do direito penal pode levar a descriminalização de algumas condutas e no agravamento de outras, com uma resposta penal que se amplia conforme o surgimento de novas condutas a serem normatizadas. É muito mais útil um bem jurídico ligado aos valores constitucionais, que a adoção de conceitos vagos, abstratos e impossíveis de individualização de condutas. A saúde exige a tutela individual e coletiva para proteção do bem jurídico-penal (Ponte, 2021, pp. 122-125).

Consequentemente, a inobservância ao princípio da proteção penal suficiente, descumpre ao princípio da proporcionalidade, que desagua no desrespeito ao controle de constitucionalidade (Turessi, 2015, pp. 164-165).

> "…devemos compreender a dimensão do princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada, a fim de que a atuação estatal seja ampla e eficiente, na tutela dos bens jurídicos indicados pelos comandos de penalização (Ponte *et al.*, 2023, 68)".

Os direitos fundamentais permanecem desprotegidos com a inobservância do princípio da proporcionalidade e se a Constituição já trouxe os mandados implícitos para que determinadas condutas sejam criminalizadas, então apresenta-se diante de violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Possível, pois, a apreciação jurisdicional, pela não-implementação da norma constitucional, que causa vício de omissão inconstitucional. Neste momento é admissível a utilização e o ajuizamento dos remédios de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção e, por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Piovesan, 2006, p. 144).

No entanto, ao legislador que se omite no exercício de suas funções não há norma que regulamente qualquer sanção ou consequência para a mora legislativa (Ponte, 2016, p.174). Resta saber se ocorre de forma deliberada ou não.

Assim, é clara a identificação de que o ordenamento jurídico brasileiro possui ordem constitucional para que se enfrente a positivação da norma penal de forma suficiente em matéria de saúde, especialmente no manejo da saúde pública.

O processo de criminalização se desenvolve entre as etapas primária e secundária. A primeira configura a sanção penal e a segunda o compromisso que os agentes estatais assumem enquanto representantes da lei. Ocorre que o processo operacional de criminalização de condutas limita-se no sistema de justiça penal quando se fala em punir alguns atos, o que leva a impunidade a tornar-se regra e não exceção. Deste modo, o sistema acaba por operar sobre crimes de fácil detecção e sobre os agentes que executam as ações, e não sobre os mandantes e maiores beneficiados com a atividade delitiva, o que

também fere o princípio da isonomia, com aplicação distinta da lei face aos agentes envolvidos (Zafaroni, 2011, pp. 43-46).

Nesta linha de raciocínio, é de grande importância para a pesquisa a análise como o direito penal está enfrentando a tutela penal da saúde pública, com os mecanismos disponíveis junto ao sistema de justiça criminal para sua proteção.

1.3 A atuação do Direito Penal sob um viés prospectivo para proteção do bem jurídico

A concepção de um Direito Penal que se volta apenas para a punição da pessoa física, está distante da criminalidade contemporânea que envolve lesões ou perigo de lesões a saúde. Ela afasta de responsabilidade a pessoa jurídica e deixa impune atos praticados de forma preordenada e que visam o ilícito por sua vertente lucrativa.

Em outras situações, o Direito Penal lida com a criminalidade sem rosto e com a utilização de pessoas jurídicas – envolvidas com a criminalidade organizada para obtenção do intento criminoso.

Não são raras as vezes que a mídia noticia a identificação de fraudes em procedimentos licitatórios, por exemplo, envolvendo pessoas jurídicas contratadas pelo poder público para prestação de serviço na área da saúde, cuja gestão e manejo dos recursos advindos de repasses do poder público federal ou estadual, são utilizados para pagamento dessas pessoas jurídicas que atuam em conluio com o Poder Executivo.

O êxito na licitação, com restrição de competitividade e direcionamento do objeto aponta para o crime de fraude em licitação, previsto na Lei de Licitações (viés repressivo de atuação do Direito Penal), contudo, o dano coletivo causado com o desvio de recursos públicos destinados ao tratamento terapêutico é de dimensão maior e necessita de um viés prospectivo de atuação do Direito Penal, com análise sistêmica.

Enquanto o desestímulo ao crime for menor que a lucratividade por ele atingida, a criminalidade organizada continuará sendo a medida mais favorável ao agente delitivo. Essa mudança de visão pode ser entendida como um meio propulsor de atingir a proteção de bens jurídicos difusos.

Segundo Ponte (2019, p. 116) se apresenta com a necessidade de recair sobre pessoas naturais e a intransigência para adotar medidas de flexibilização de garantias ou a acolhida de previsões próprias de um Direito Penal de emergência, afasta os crimes de perigo das pessoas jurídicas, consequentemente, da punição, em especial os atos preparatórios do delito, que caem por terra quando se exige a tutela de bens jurídicos supraindividuais, como a saúde.

A legislação brasileira aponta a possibilidade de punição da pessoa jurídica apenas em matéria ambiental, com a previsão da Lei n. 9.605/98 e não há outro instrumento legal que regulamente a tutela de outros bens jurídicos, quando se fala em responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A proteção penal da saúde na lei supracitada é tratada como causa de aumento ou agravante de pena nos artigos 6º, 15, 54 e 56. O espírito do legislador ao trazer tais previsões é buscar a positivação do crime ambiental que viole a saúde pública. Este crime,

de fato, pode ser cometido por uma pessoa física ou jurídica e este é o único instrumento legal que viabiliza a punição da pessoa jurídica de forma indireta por causar lesão ou perigo de lesão contra a saúde.

Não se pode negar a necessidade de tratamento penal diferenciado para aqueles que objetivam o cometimento de crimes contra a saúde por intermédio de pessoas jurídicas (viés prospectivo do Direito Penal). Estar diante de uma nova ideologia de punição faz com que o ambiente clame por uma resposta estatal rápida.

Em interpretação analógica para a ideia de tutela penal da saúde pública, pode-se analisar o crime de terrorismo, sua forma de proteção em orientação, com tratamento excepcional do inimigo em um sistema que afasta as garantias fundamentais do acusado para tentativa de solução do problema.

Não se está a afirmar que a saúde deve se submeter a um estado de exceção para efetiva tutela de bens jurídicos supraindividuais ou que a proteção do bem jurídico mereça ser idêntica ao dos crimes que envolve o terrorismo.

Quando se trabalha com uma criminalidade diferenciada, o Direito Penal precisa estar adaptado ao seu tempo. Também não está a se argumentar sobre a retirada absoluta garantias fundamentais do acusado como forma efetiva de solução, identificação e punição dos crimes contra a saúde pública, mas que, a flexibilização dessas garantias, como se projeta na atuação do terrorismo seria meio satisfatório para êxito na interrupção da empreitada criminosa.

Um exemplo praticado e autorizado pelo legislador processual penal é a utilização de agentes infiltrados para identificação de organizações criminosas, conforme a Lei n. 12.850/13.

O doutrinador Câncio Meliá (2010, p. 24) afirma sobre o delito de terrorismo que "há muito mais horrores no mundo dos delitos" e por esse motivo não se pode viver de forma manipulada, tratando a exceção como a regra ao se sopesar garantias. A orientação de um Direito Penal em estado de exceção sempre atrai novas regras e novo grupos de agentes com tratamento semelhante de forma progressiva.

O que se busca é a defesa do cidadão usuário do sistema de saúde (direito individual) e da coletividade (direito supraindividual) que compõe o corpo dos direitos sociais para proteger direitos essenciais do primado da dignidade da pessoa humana, como a vida. A limitação de direitos e garantias por resultados significativos pode ser uma vertente de atuação de um Direito Penal prospectivo, preventivo e eficaz.

Neste sentido Luiz Fernando Kazmierczak entende que o embate entre a necessidade de tutela penal e a garantia de direitos fundamentais do acusado resultará na transformação necessária para a construção de uma legislação que proteja o cidadão e a sociedade, sem violações desarrazoadas as garantias de direitos fundamentais. E, assim se identifica a necessidade de atendimento dos mandados de criminalização (Kazmierczak, 2017, p. 340).

Nessa linha de entendimento, Kazmierczak reforça que é possível compreender a necessidade de tratamento diferenciado da saúde, tendo o Direito Penal sua formação exatamente nos limites concedidos pelo próprio legislador, ou seja, conforme já argumentado no segundo tópico, a Constituição Federal é limite negativo do Direito Penal.

Esta vertente de atuação, busca a antecipação da criminalização de condutas de perigo ou de lesão contra o bem jurídico saúde, com tipos penais de mera conduta ou de perigo abstratos de forma expressa, ou continuar-se-á a violar o princípio da proporcionalidade sob o viés de proteção penal insuficiente, cabendo ao Direito Penal aguardar a ocorrência do dano para posterior atuação (atuação repressiva), como se um bem jurídico unicamente individual fosse.

Um exemplo dessa situação, é o estado de caos vivenciado mundialmente durante a o período da pandemia da COVID-19 e o despreparo do Estado brasileiro para proteção e tratamento de condutas, inclusive as criminais. As experiências vivenciadas devem ser avaliadas sob o enfoque da necessidade de evolução que o dogma da ciência do direito possibilita a quem o maneja, de acordo com o momento que a humanidade vivencia.

Muitas vezes a atuação criminosa contra a saúde ocorre pela pessoa jurídica e envolve organizações criminosas e, mesmo diante da possibilidade de falhas do sistema de proteção, deve-se buscar uma solução junto ao próprio sistema com a suficiente atuação legal para a proteção de bens jurídicos lesados por crimes de perigo.

Neste ponto se apresenta outra dificuldade ao combate do crime que o Estado possui para tipificar, em especial a individualização de condutas quando se está a trabalhar o crime organizado que necessita de um Direito Penal com meios próprios para enfrentamento de crimes que envolve um sistema (Resqueti, 2022, p. 102).

Nesta linha de entendimento, Clauss Roxin desenvolveu a Teoria do Delito pautada no artigo 25 do Código Penal Alemão, com a análise da subdivisão de papéis e um olhar para a empreitada criminosa como as engrenagens de um sistema. A finalidade é a punição do mandante do delito, muitas vezes praticados com a utilização da pessoa jurídica e sair da esfera de punição limitada aos agentes executores do crime, que sequer possuem ciência do ilícito cometido (Greco; Leite, 2013, p. 20).

Ao tratar do terrorismo Kazmierczak (2017, p. 342) afirma que esta atuação se limita aos parâmetros constitucionais penais e equilibra a punição severa com punição de condutas preparatória. Não se configura um estado de exceção, mas o limite constitucional. O atuar apresenta aproximação ao Direito Penal do inimigo em razão das características dessa forma de criminalidade, mas visa proteger bens jurídicos colocados em risco que são tutelados pela ordem constitucional.

Assim, com semelhante forma de gestão da proteção contra o terrorismo, é possível a utilização de instrumentos adaptáveis para a proteção da saúde e esse entendimento decorre do dever de enfrentamento dos mandados de criminalização.

Segundo Luciano Feldens (2012, p. 131), a limitação da liberdade individual pelo Estado somente pode acontecer quando necessária para proteger a liberdade e segurança de todos.

Com efeito, é possível verificar a colisão de princípios que é resolvida pelo princípio da proporcionalidade, onde a finalidade é a identificação de qual interesse possui maior peso no caso concreto (Alexy, 2012, p. 96). A ocorrência de choque entre direitos fundamentais deve estar constituída na análise de eficácia da norma, pois não há prevalência absoluta (Brega Filho, 2002, p. 56).

Digno de menção é a fala de Flávio Eduardo Turessi (2015, p. 201), quando afirma que se discute muito a crise do Direito Penal, mas a maior crise está na deficiência técnica

do parlamento brasileiro para elaborar tipos penais que possuam, de fato, aplicabilidade prática.

O critério de atuação prospectiva deve ser aceito para a tutela da saúde na criação da norma penal, com a disponibilidade do julgador a interpretação da norma aberta, já que o aplicador da lei não pode limitar a prescrição de normas penais fechadas, o que concede a ele, avaliar a conduta criminosa, o tamanho do dano e aplicação da pena (Resqueti, 2022, p. 103).

Nessa perspectiva, o Direito Penal deixa o patamar de *ultima ratio* e passar a compor a *primeira ratio* na solução criminal (Ponte, 2016, p. 199).

Aqui está a resposta à indagação feita por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, pp. 215-218), quando instiga a questão de que essa atuação prospectiva representa um infeliz retrato da necessidade de novos instrumentos, vacinas e remédios para as novas formas de criminalidade que não eram preocupação do denominado Direito Penal clássico.

A positivação de delitos sanitários ainda é limitada e esparsa pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em prol das amplas perspectivas que a saúde apresenta, precisa de uma análise repressiva e prospectiva do direito penal pautada ainda no princípio da codificação.

Segundo Luigi Ferrajoli (2022, p. 7) é veemente necessidade dos Estados na criação de uma Constituição da Terra, que já foi principiada no período pós Segunda Guerra Mundial, com tratados e cartas constitucionais e que deve primar por instituições como a Organização Mundial da Saúde pautada na paz e na solidariedade humana:

> "A estipulação dos princípios da paz, da igualdade e dos direitos fundamentais em todas essas cartas, teria exigido a introdução das suas garantias em uma esfera pública global: garantias de paz através da implementação do Capítulo VII da Carta da ONU e, assim, do monopólio supranacional da força, da dissolução dos exércitos nacionais e o banimento das armas; garantias de direitos sociais à saúde, educação e subsistência, através do financiamento adequado de instituições de garantia global como a FAO e a Organização Mundial de Saúde; garantias de bens comuns contra a devastação ambiental, através da instituição de bens públicos supranacionais; garantias jurisdicionais, a começar pelo controle de constitucionalidade e de convencionalidade, contra violações das proibições e obrigações impostas por estas garantias".

O Brasil conta com a positivação desses valores na qualidade de objetivo fundamental da República Federativa em prol de uma sociedade solidária, feliz que atue contra a intolerância e busque tipos penais adaptáveis às realidades sociais, livre, justa e solidária, disposto no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

A busca por efetivação de traços característicos das garantias constitucionais, com atuação sistêmica governamental, gestão de recursos, enfrentamento de mandamentos constitucionais de criminalização pelo parlamento brasileiro e aplicabilidade efetiva da norma poderá resultar em mudança positiva social.

O papel do Direito Penal deve se adaptar às necessidades de proteção de bens ou interesses. Não é excessiva a proteção do bem jurídico difuso com algumas medidas do funcionalismo que se alinham com a proteção exigida no combate de novas formas de criminalidade.

Conclusões

A forma de tratamento jurídico-penal para proteção do bem jurídico, saúde, merece ser enfrentada pelo Estado Democrático e Social brasileiro além do tratamento sob o viés individual, mas com reconhecimento de integral proteção na qualidade supraindividual.

Os representantes do Poder Legislativo possuem regramento constitucional implícito de criminalização, que devem ser tratados e respeitados como verdadeiras ordens para enfrentamento e positivação legal de matéria criminal da saúde, pois o bem jurídico está intrinsicamente ligado ao bem jurídico, vida, e sua proteção atende ao primado da dignidade da pessoa humana em prol de todos os usuários do sistema de saúde.

O não enfrentamento de um mandado de criminalização incorre na violação do princípio da proteção penal deficiente, que decorre do princípio da proporcionalidade.

A problemática apresentada envolve atividades delitivas que são praticadas pela criminalidade organizada, depende de atuação – além do Direito Penal clássico – que responda de forma suficiente para a proteção de bens jurídicos individuais, necessita de enfrentamento prospectivo e sistêmico para efetiva proteção de bens jurídicos supraindividuais, com um aparato de fatores governamentais especializados para tutela penal.

Neste viés, é possível que Direito Penal deixe de ser sempre a *ultima ratio* e passe a se utilizar de elementos de *prima ratio*, como elemento de êxito no enfrentamento de crimes de perigo abstrato das atividades criminosas contra a saúde. Isto já ocorre na atuação criminal ao combate do terrorismo, exemplificado na utilização de agentes infiltrados, quebra de sigilo de dados, buscas e apreensões, elementos esses que coadunam com a possibilidade de relativização de direitos fundamentais do agente infrator para êxito na ocorrência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Agradecimentos: O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2023

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: 19 set. 2023.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliva, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto Presidencial n. 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm#:~:text=ARTIGO%2013-,1.,direitos%20humanos%20e%20liberdades%20fundamentais. Acesso em 18 set. 2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** – noções e críticas. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Temas de Direitos Fundamentais**, Livraria Almedina, Coimbra, 2004. A respeito do tema, ver também: José Carlos Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Por que uma Constituição da Terra? **Revisa de Direito Brasileira**. Florianópolis. v. 31. n. 12. p.04-18. jan./abr. 2022. Disponível em: file:///C:/Users/Laís/Downloads/9024-25701-1-PB.pdf

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: 30 set. 2022. p. 20

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

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção**. In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo: ESMP, v. 5, p. 43-68, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

PIOVESAN, Flavia; Stanziola Vieira, Renato. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, vol. 8, núm. 15, primer semestre, 2006, pp. 128-146 Universidad de Sevilla Sevilla, España. Disponível em https://www.redalyc.org/pdf/282/28281509.pdf. Acesso em 29 set. 2023

PIOVESAN. Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIRES, Fernando A.; PAIVA Alves Carlos Henrique Assunção; FALLEIROS, Ialê. Saúde no pos-Guerra. Disponível em: http://www.observatorio.epsjv.fiocruz.br/upload/na%20corda%20bamba/cap_5.pdf p. 154 a 166. Acesso em: 28 set.2023.

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

PONTE, Antonio Carlos da. JÚNIOR, Reynaldo Mapelli. **Redes Interfederativas de serviços de saúde e controle do Ministério Público: O papel dos Estados no SUS**. Ver de Dir.

Brasileira. São Paulo, v. 18, n. 7. set./dez., 2017. Disponível em https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3316/2862. Acesso em 28 set.2023.

PONTE, Antonio Carlos da. **O Direito da saúde na era pós-Covid-19 /** coordenadores Verônica Scriptore Freire e Almeida, Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Marcelo Lamy. São Paulo: Almedina, 2021.

PONTE, Antonio Carlos da; MARANGONI Cintia. Mandados de criminalização e a tutela penal dos bens jurídicos difusos. **CONPEDI**. 2023. Direito Processo penal e Constituição. p. 68. Disponível em http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/z9gcwvul/574q31s1v4ITWEG5.pdf. Acesso em 28 set. 2023.

RESQUETI. Laís Berti. **Os mandados constitucionais de criminalização e a obrigatoriedade de proteção da saúde pública brasileira como bem jurídico supraindividual.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.

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=pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

SENADO. **Decreto Legislativo n. 226, de 12 de janeiro de 1991**. Disponível em https://legis.senado.leg.br/norma/538595#:~:text=APROVA%20OS%20TEXTOS%20DO%20PACTO,ASSEMBLEIA%2DGERAL%20DAS%20NA%C3%87%C3%95ES%20UNIDAS. Acesso em 18 set.2023.

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

ZAFARONI, E. Raul. **Direito Penal Brasileiro** I. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.