

A mistanásia e a responsabilidade criminal do Estado: estudo de caso sobre a falta de oxigênio medicinal na cidade brasileira de Manaus – AM

Mystanasia and the criminal responsibility of the State: a case study on the lack of medicinal oxygen in the Brazilian city of Manaus – AM

Samuel Mendonça

Professor Permanente vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, linha de pesquisa Políticas Públicas em Educação, líder do grupo de pesquisa Política e Fundamentos da Educação (CNPq/PUC Campinas), da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro Titular do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (2019-2022). Bolsista de Produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Realizou estágio pós-doutoral pelo Departamento de Administração Escolar e Economia da Educação da FE-USP, sob a supervisão do Prof. Dr. Romualdo Luiz Portela de Oliveira. Atuou como Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Campinas no ano de 2019. É o Presidente da Sociedade Brasileira de Filosofia da Educação (2018-2022), membro da Comissão de Avaliação da área de Educação da CAPES (2019/2020).

Christiany Pegorari Conte

Advogada. Mestre em Direito pela FMU/SP. Doutora em Educação pela PUC Campinas. Professora de Direito Penal e Processual Penal da PUC de Campinas/SP. Coordenadora dos cursos de Especialização sobre Direito Digital (presencial) e LGPD: aspectos teóricos e práticos (EAD) da PUC de Campinas. Professora do Curso de Especialização em Direito Privado da PUC- Poços de Calda/MG. Professora dos Cursos de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Proordem Goiânia e de Campinas. Professora do Curso de Especialização em Direito Ambiental com ênfase ao Agronegócio do CERS/SP. Professora da ESA/Campinas. Membro da Comissão de Direito Digital da OAB/Campinas.

Luiz Guilherme Luz Cardoso

Mestrando em Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Bolsista CAPES.

Resumo: O conceito de mistanásia foi formulado em 1989 por Márcio Fabri dos Anjos, bioeticista brasileiro como: morte miserável, infeliz, precoce e evitável. O problema sobre o qual a pesquisa se debruçou apresenta-se na forma de pergunta: diante da configuração da mistanásia quem deveria figurar como sujeito ativo e ser responsabilizado criminalmente? Para responder ao questionamento, a pesquisa valeu-se do estudo de caso da situação de falta de oxigênio em Manaus – AM e utilizou-se da abordagem qualitativa e do método descritivo – analítico. Constatou-se que o Estado Brasileiro, em razão do dever constitucional de garantir saúde, deve figurar como sujeito ativo e ser responsabilizado criminalmente com a incidência da pena de multa.

Palavras-chave: Mistanásia; Miserável; Evitável; Precoce; Responsabilização Criminal.

Abstract: The concept of mythanasia was formulated in 1989 by Márcio Fabri dos Anjos, a bioethicist as: miserable death, Brazilian unhappy, precocious and avoidable. The problem that the research addressed is presented in the form of a question: given the configuration of mythanasia who should appear as an active subject and be held criminally responsible? To answer the question, the research used the case study of the situation of lack of oxygen in Manaus - AM and used the qualitative approach and the descriptive - analytical method. It was found that the Brazilian State, due to the constitutional duty to guarantee health, must appear as an active subject and be criminally liable with the incidence of a fine.

Keywords: Mythanasia; Miserable; Preventable; Precocious; Criminal Accountability.

1. Introdução

A mistanásia é um fenômeno analisado no contexto da bioética, seu conceito permeia o final da vida, podendo ser definida em algumas palavras como: “morte miserável, infeliz, precoce e evitável”¹. Esse termo foi elaborado na segunda metade do século XX, mais precisamente em 1989 por Márcio Fabri dos Anjos, bioeticista brasileiro.

Este termo insurgiu-se na contramão da ideia terminológica, até então difundida, de “eutanásia social”, uma vez que a eutanásia, ao contrário da mistanásia, pode ser entendida como “boa morte, morte apropriada ou benéfica”², já a mistanásia, para além do conceito, enfoca-se na dimensão social, cotidiana e crítica da vida humana.

Trata-se, portanto, de um conceito provocatório, sobretudo quando pensado pelas quantidades expressivas de mortes não acidentais, criadas a partir das omissões mistanásicas que na maioria das vezes antecedem as mortes mistanásicas.

No campo jurídico, o conceito de mistanásia abre precedentes para inúmeras discussões, principalmente porque essas mortes são evitáveis, atingem a coletividade, por conseguinte ferem o direito à saúde razão pelo qual se discute a responsabilidade criminal por tantas mortes, bem como as formas de prevenção firmadas nas ações afirmativas. Não somente por estas razões, a própria bioética estabelece normas e recomendações para o respeito da vida humana que necessitam de regulamentação jurídica para alcançarem o campo da efetividade.

Nesse sentido, o Direito confere efetividade para as normas em geral e, como não é diferente com a bioética. A efetividade das normas éticas, para que ultrapasse o campo da medicina e da ética deontológica necessitam da positividade pelo Direito, ou melhor, pelo (Bio) direito³, que transforma normas éticas em normas jurídicas.

No contexto brasileiro, a investigação levou em consideração a região norte do país, em específico o Estado do Amazonas, dado que a cidade de Manaus-AM fora uma das primeiras capitais do Brasil a

¹ RICCI, Luiz Antônio Lopes. **A morte social: mistanásia e bioética**. São Paulo: Paulus, 2017, p. 09.

² BARBOZA; LEAL; ALMEIDA. **Biodireito tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 264.

³ ROCHA. Renata Da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 69.

registrar causa da COVID-19⁴. Não somente por esta razão, tal região como será demonstrado no estudo de caso foi considerada abaixo da linha da pobreza no ano anterior ao estopim da pandemia⁵, característica peculiar, que necessariamente acompanha as mistanásias ocorridas na América do Sul. Desse modo, a pesquisa acadêmica abrirá agenda quanto ao alargamento do horizonte reflexivo jurídico em matéria de mistanásia no cenário da bioética transnacional, global e plural, a partir da realidade brasileira.

Nesse interim, a pesquisa se atentou aos reflexos jurídicos da mistanásia debruçando-se para a solução da problemática atinente a delimitação do sujeito ativo e responsabilização criminal do Estado (pessoa jurídica de direito público).

O principal objetivo materializou-se em: por meio da situação problema da falta de cilindros de oxigênio no Estado do Amazonas, verificar elementos que configurem “mistanásia”, para posteriormente dissertar em matéria de eventual enquadramento típico à atribuição de responsabilização criminal para o Estado Brasileiro.

Para tanto, a pesquisa utilizou-se do método descritivo analítico⁶ materializado no estudo de caso da falta de oxigênio na cidade brasileira de Manaus, por sê-la uma das primeiras capitais brasileiras a registrar casos da doença (COVID – 19) entre abril/ maio de 2020 e por demonstrar aspectos específicos da mistanásia no Brasil.

Em primeiro lugar, com intuito de levantar conteúdo, foram selecionados alguns autores, livros e artigos que já dissertaram sobre matéria atinente a mistanásia. Posteriormente, para o estudo de caso, escolheram-se algumas notícias que veicularam na mídia nacional e internacional à questão da falta de cilindros de oxigênio na cidade brasileira, Manaus - AM.

Ao final da primeira etapa, constatou-se que a situação problema (da falta de cilindros de oxigênio em Manaus) reunia as principais características que compõe o conceito de morte mistanásica: miserável (miserabilidade), infeliz (infelicidade), precoce (precocidade) e evitável (evitabilidade).

Feito isso, a pesquisa utilizou-se da característica **não acidental** dessas mortes, na maioria das vezes criada pela omissão de quem deveria prover o direito à saúde, para então, dissertar sobre a responsabilidade criminal do Estado (compreendido nos entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Para a construção da segunda etapa da pesquisa, foram selecionados e analisados alguns artigos da Constituição Brasileira de 1988, sobre o direito à saúde e responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. De forma complementar se alisou a Lei nº 8.080/1990 (Lei do Sistema único de Saúde); Lei nº 13.979/2020 (Lei que dispõe sobre o enfrentamento da emergência de saúde Pública) e Lei nº 9.0605/1998 (Lei que dispõe sanção penal e administrativa para atos lesivos ao meio ambiente).

Enfim realizou-se a explanação teórica do termo “mistanásia” em confronto com as características perquiridas no estudo de caso. Notou-se a constatação aproximativa entre a literatura e a realidade

⁴ G1. **Manaus foi a capital mais atingida pela Covid-19 no Brasil, diz estudo da Fiocruz**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/02/manaus-foi-a-capital-mais-atingida-pela-covid-19-no-brasil-diz-estudo-da-fiocruz.ghtml>. Acesso em 30 abr. 2020.

⁵ IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.

⁶ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

estudada, bem como se definiu a responsabilidade criminal e os sujeitos ativos responsáveis pela configuração das mortes mistanásicas.

2. Mistanásia: conceito, dimensão, aspectos jurídicos

Na primeira metade do século XX falava-se em eutanásia social para referir-se àquelas situações em que as pessoas desfaleciam vítimas de fatores externos, não ligados a responsabilidade médica, mas atrelados à falta de recursos que possibilitassem a vida.

Em contraposição a esse conceito insurgiu o termo “Mistanásia” por Márcio Fabri dos Anjos em 1989. Para o Bioeticista era necessário estabelecer diferenças e ponderar significações entre eutanásia e mistanásia, vez que afirmar uma em detrimento da outra não traria complementação, pelo contrário, ante a característica antagônica de ambos os conceitos ensejaria confusão etimológica.

Nas palavras do citado Bioeticista:

A eutanásia pode ser entendida como morte suave, feliz, ao passo que a mistanásia é a morte infeliz, dolorosa. Isso nos remete, dentro da área da biomedicina, aos pacientes terminais sofrendores, seja pela convicta recusa em não se inferir no processo de morte, seja pelo mau atendimento médico – hospitalar. Mas nos remete também muito além da área hospitalar. E nos faz pensar na morte provocada de formas lentas e sutis por sistemas e estruturas⁷

Nesse sentido, a mistanásia possui um significado distinto de eutanásia, pois a primeira esta atrelada a morte de pessoas cujas vidas são desvalorizadas, que acontece às margens da sociedade, ao passo que a segunda não possui atrelamento com a dimensão social estando tão somente ligadas as questões médicas que favorecem a antecipação normalizada, suave e feliz da morte. Desse modo, a mistanásia:

Trata-se de um conceito de grande poder provocatório, convocatório, sobretudo no campo ético-moral, justamente por ser capaz de deslocar o foco ao situar a morte precoce na esfera do “mal evitável”, evocando o princípio moral de “evitar o mal”. A atribuição de responsabilidade moral e social pelas mortes evitáveis sacode as consciências, mobiliza para ações defensivas, preventivas e afirmativas em situações adversas e de vulnerabilidade, além de favorecer e insistir nas mudanças comportamentais e socioestruturais⁸.

Essa conceituação consubstanciada na contemporaneidade, não impediu que a palavra mistanásia fosse pensada a partir da sua etimologia carregando prefixos antigos, do vocabulário inglês “*MIS*” que quer dizer “mau, errado, inadequado” ao derivado do grego “*Tanatos*” equivalente à “morte”, ou seja, “morte de forma inadequada”⁹. Para, além disso, a configuração da mistanásica foi desde sempre uma realidade presente na sociedade brasileira principalmente quando pensada pelos indicadores socioeconômicos que vitima pobres solícitos a vida precária, com pouca ou nenhuma qualidade.

⁷ ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. Boletim do Instituto São Camilo n° 57. 1989, p. 06.

⁸ RICCI, 2017, op. cit., p. 09.

⁹ OLIVEIRA. Cleberson Cardoso De. **Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde**. Londrina: Thoth. 2020, p. 43.

Em complementação ao conceito, Chiavacci classificou a mistanásia como “morte indireta”¹⁰, que seria possível evitá-la, se não fosse à negligência pessoal e social, bem como o abandono com que se ocasiona a morte previsível e evitável. A mistanásia de acordo com citado autor envolve aspectos sociais e pessoais, consequências da atuação ou omissão de vários sujeitos sejam eles: o Estado em seu dever de garantia a efetividade do Direito a saúde, seja o médico em seu dever de zelar pela vida do paciente.

No que tange aos aspectos jurídicos, não existe texto de lei que faça menção explícita a mistanásia, assim como não existem para a eutanásia, distanásia e ortotanásia, mas isso não impediu que os códigos disciplinares, a exemplo do Código de Ética Médica (2019) elencasse expressa vedação quanto ao adiantamento da vida. No artigo nº 41 “proibiu-se que o médico encurte, seja de que forma for à vida de seu paciente, independente da solicitação ou consentimento do paciente ou seu representante legal”¹¹.

Tal ausência legislativa, não impediu que a mistanásia fosse interpretada e discutida como uma violação ao direito a saúde, direito este que deve ser considerado um direito fundamental amplo, pois abarca na perspectiva do legislador uma conduta holística por parte do Estado que extrapola os limites das unidades básicas de saúde, unidades pronto atendimento, ambulatorios e hospitais. Assim quis preceituar o legislador constituinte de 1988, em especial no Art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹².

Perceba que o legislador foi categórico ao elencar o **dever do Estado** atrelado à promoção da efetividade do Direito a Saúde, muito embora seja essa uma norma de eficácia limitada, o texto prevê caminhos para a efetivação do Direito, o primeiro são as políticas públicas sociais e econômicas, o segundo consiste no acesso universal e igualitário de todos os cidadãos ao sistema de saúde. Como se não bastasse, no artigo subsequente o legislador reafirmou a competência do poder público em fiscalizar e controlar as ações de serviço de Saúde, assim predis pôs:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado¹³.

Nesse sentido, não existe outra saída para o Estado, a não ser provê o acesso à saúde, caso contrário estaremos diante de uma irreverência a esse direito, por conseguinte uma irreverência à própria cidadania que consiste no “exercício do poder para a educação e para a saúde”¹⁴.

Ademais, apontar aspectos jurídicos não é somente falar sobre violação ao Direito a saúde, mas é também sobre prevenção, e nesse aspecto o legislador fora assertivo ao mencionar dentro do artigo 198 da Constituição Federal (que versa sobre as ações e serviços públicos de saúde), ações concretas. Dentre

¹⁰ CHIAVACCI, Elena. **A raiz profunda da miséria e da morte prematura de grande parte da família humana está ligada a estruturas financeiras e produtivas planetárias**. São Paulo: Non uccidere' in economia. 2004, p. 539-541.

¹¹ BARROS, Edmilson de Almeida Júnior. **Código de Ética Médica comentado e interpretado**. Resolução CFM 2217/2018. São Paulo: CIA do e-book. 2019. p. 466.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2017, p. 61.

¹³ BRASIL. 2017, op. cit., p. 61.

¹⁴ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 29.

estas ações, vale ressaltar, a ação disposta no inciso II: “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas”, ou seja, na perspectiva do legislador esse direito é antes de qualquer atitude “prevenção”.

No mais, longe de qualquer preciosismo enfatizar prioridade à prevenção demonstrou um legislador preocupado em prevenir violações e consequências, pois quando o Estado descumpra sua função de garantir saúde prevenindo doenças e fornecendo bem-estar faz-se necessário à intervenção de medicamentos e médicos, e quando isso ocorrer, já houve violação, pois não há de se falar em saúde, mas em tratamento para as doenças.

No âmbito internacional do Direito, a Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos também não trouxe o conceito de mistanásia, no entanto encontram-se positivados no capítulo “da promoção da Declaração” as diretrizes para que se evitem as mortes mistanásicas como é caso da: a) Criação de comitês de ética pelos Estados; b) Implementação dos princípios da Declaração por meio de medidas legislativas e administrativas; bem como, c) O incentivo à educação em bioética¹⁵.

Em época anterior à citada Declaração sobre bioética, verificou-se importante contribuição ao tema da saúde, em especial no ano de 1948 com a criação e constituição jurídica da Organização Mundial da Saúde (OMS). Com sua ascensão, rompeu-se o pensamento tradicional negacionista, para dar lugar à concepção positivista e progressiva da saúde, segundo a qual a saúde deve ser considerada um estado de bem-estar físico, social e mental, e não somente como ausência de doenças¹⁶.

Igualmente, a Magna Carta de 1988 influenciada pelos valores da citada Declaração consagrou o direito à saúde em amplitude como um direito social atrelado ao direito à vida, de modo a abarcar-lo como um direito de todos (da coletividade) e um dever do Estado.

Destarte, pode-se aferir que o direito à vida, e, por conseguinte a saúde assumiu pós Declaração (1948) uma nova conceituação jurídica, não somente porque fora elevado a condição de pré-requisito para a aquisição de outros direitos, mas pelo fato de abranger o dever do Estado em fornecer bem-estar.

Nesse particular, Moraes salientou que o direito à vida consiste no principal direito atribuído aos seres humanos, do qual insurgem os demais direitos. O direito à vida abrange o direito de manter-se vivo, bem como, o direito de acesso às possibilidades de viver e desenvolver as faculdades inerentes ao pleno desenvolvimento humano¹⁷.

A questão da mistanásia reflete-se na seara jurídica, quando pensada pelo prisma da provocação, pois as mortes não são culturais, mas ocasionadas, “enquanto a eutanásia, distanásia e ortotanásia estão relacionadas ao despedir da vida, a mistanásia impede o bem-viver”¹⁸ mata, não no sentido direto empregado pelo homicídio “matar alguém”, mas mata lentamente pela negligência, falta de recursos, fatores socioeconômicos dentre outras causas.

Por esta razão, a mistanásia deve ser discutida ante a possibilidade de enquadramento em um tipo penal, para posteriormente, ser punida, ainda que em alguns casos aparentemente o sujeito ativo pareça abstrato, (como foi o que ocorreu no caso da falta de oxigênio na cidade de Manaus – AM), a discussão

¹⁵ UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em 01 mar. 2021.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2005. P. 515-516.

¹⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

¹⁸ RICCI, 2017, op. cit., p. 54.

passa necessariamente pela obrigação do Estado, não só de evitar as mortes mistanásicas, mas em prover, nos moldes da Constituição Federal, o direito à saúde.

Para além de interrogar a estrutura social, política e econômica, faz-se necessário uma atuação efetiva do Direito para que se impeça a ocorrência das mortes evitáveis. Assim, a solução elucida-se, sobretudo, com a elaboração de leis e políticas públicas permeadas por regras – princípios. E, desse modo, deve-se entender o Direito:

Um sistema de normas e as normas como um conjunto de regras princípios, ambos constitutivos de uma ciência jurídica autônoma, que tem na lei positiva, a expressão maior de garantia dos direitos humanos fundamentais, que se afirma a necessidade, não de um catálogo fechado de regras a obstaculizar o avanço da Biomedicina, da Biotecnologia, da Bioengenharia, mas a exigência de normas biojurídicas, isto é, de regras e princípios próprios, que possam tanto informar os limites seguros ao avanço da Biociência, quanto auxiliar na solução de conflitos¹⁹.

Nota-se que, o excerto acima chamou atenção no que diz respeito à impossibilidade de regulamentação exaustiva de todas as questões bioéticas em lei, mas ao mesmo tempo reconheceu que por mais que sejam os temas bioéticos eivados de plurivocidade e significações, faz-se necessário a regulamentação de algumas questões para a solução de dilemas éticos, como por exemplo: as mortes mistanásicas, o desligamento de aparelhos que mantém vivo o paciente, a seleção de embriões, bem como, para atribuição das consequências jurídicas.

Com efeito, autenticar um sistema de normas próprias para a regulamentação destas questões citadas, em especial, a “mistanásia”, não significa exaurir as temáticas em um tipo penal, mas reconhecer a necessidade de uma nova ordem jurídica, que seja capaz de postular direitos e punir atrocidades favoráveis ao crescimento deste tipo de morte.

Ainda sobre o aspecto jurídico, vale ressaltar que o direito à saúde deve ser pensando primeiramente ante a configuração das situações lastimáveis de mistanásia como um direito humano universal e fundamental que impõe o **dever** ao Estado de se abster das violações seja por ação ou, (no caso em apreço estudado, por omissão). Nesse sentido, o Estado deve prover saúde para diminuir as exclusões sociais das camadas mais vulneráveis, caso contrário, a falta de condições mínimas só favorece a mistanásia.

Na contramão da problemática, o Estado Brasileiro com o intuito de corresponder à política pública de saúde para todos e driblar as mortes mistanásicas criou o Sistema Único de Saúde (SUS), lapidado no artigo 200 da Constituição Federal, que dispõe suas competências:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

¹⁹ ROCHA, 2018, p. 100.

- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho²⁰.

Em complementação o legislador infraconstitucional criou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei do SUS), por meio do qual regulamentou as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Mais uma vez a legislação trouxe um conceito ampliativo para a saúde não entendida em um contexto isolado, mas atrelado ao bem – estar.

Pode-se notar no artigo 3º da citada Lei do SUS que a saúde deve levar em consideração algumas condicionantes, como: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte e lazer, que possam garantir o bem estar social físico e mental de todos²¹.

No mesmo sentido o artigo 2º da mencionada Lei nº 8.080/90 elevou-se a saúde como um direito fundamental que deve ser provido pelo Estado através de condições ao seu exercício, de forma a não deixar dúvidas quanto a este **dever** do Estado, malgrado, sobretudo, no zelo pela vida e dignidade da pessoa, bem como no fomento as políticas de prevenção.

Nesse particular, Vidal Serrano Nunes Junior ao comentar a amplitude jurídica do direito a saúde apontou que o direito a saúde abrange duas dimensões: de estar são e permanecer sem doenças. Assim, segundo o autor, cabe ao Estado desenvolver políticas públicas de Saúde, para que se evite a exposição dos indivíduos às situações de doenças. Isso porque, o direito a prevenção é a consequência da efetivação plena do direito à saúde. Portanto, o direito à saúde pode ser considerado amplo e dependente de outros direitos, tal como, direito a habitação e reabilitação, capaz de possibilitar o desenvolvimento do Estado físico e mental dos indivíduos²².

Em suma, ao conceito de mistanásia foram atribuídas inúmeras significações quando pensada seu aspecto jurídico, o Direito aproveitando-se da postulação bioética dedicou-se a atribuir valoração ampliada a saúde dissertando sobre prevenção, não omissão, e políticas públicas.

No campo jurídico, ainda que não exista menção explícita a temática da mistanásia, percebeu-se que, o direito à saúde e a mistanásia, juridicamente falando, constituem aspectos dicotômicos, de modo que a não salvaguarda do primeiro em seu sentido amplo (prevenção e remediação) constitui a realização da segunda, melhor dizendo: a realização das mortes indignas e prematuras (mortes mistanásicas).

Além disso, o Direito materializado na Constituição Federal colaborou para a imputação de responsabilidade e **dever** jurídico quando descreveu a **obrigação exclusiva do Estado Brasileiro** em propiciar ao cidadão, o direito fundamental à saúde, que consiste, sobretudo, na prevenção à doença. Não hesitou falar em prevenção, e quando da violação, se falou da tutela efetiva para o fornecimento de meios médicos eficazes para que se evitem mortes mistanásicas.

²⁰ BRASIL. 2017, op. cit., p. 59.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DOU. 20.9.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 27 jul.2021

²² JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1998**. Editora: 2009, p. 21 – 22.

3. Estudo de caso: análise da falta de cilindros de oxigênio no estado do Amazonas

O estudo de caso desenvolveu-se a partir da situação de crise na saúde pública do Brasil que foi agravada pela situação de epidemia do COVID-19. Debruçou-se na problemática da falta de oxigênio em Manaus, cidade Brasileira situada no Estado do Amazonas. Para melhor compreensão do caso, foram selecionadas algumas manchetes noticiárias que veicularam na mídia nacional e internacional “à crise”, bem como, índices socioeconômicos da região estudada e trechos do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da COVID - 19.

A pesquisa utilizou-se do método descritivo²³ para a construção do estudo de caso, preocupando-se em analisar a crise de saúde pública na cidade de Manaus, Estado do Amazonas, a partir da configuração do fenômeno bioético intitulado: “mistanásia”.

Para tanto, escolheu-se como campo de estudo a cidade de Manaus, por sê-la, uma das primeiras capitais do Brasil a registrar casos da doença entre abril e maio de 2020. Não só, a própria repercussão da (falta de cilindros de oxigênio) na mídia e sua notoriedade pelas imagens de pacientes que eram transferidos às pressas a outros hospitais ou que morriam por falta de ar (asfixia), também despertou o anseio para a pesquisa jurídica, acerca das responsabilidades por tantas mortes que poderiam ser evitadas.

Nesse período citado, (entre abril e maio de 2020) houve a chamada “primeira onda” da pandemia, momento em que os sistemas de saúde do Amazonas evidenciaram dificuldades para responder efetivamente ao recrudescimento do número de casos da doença. Por conseguinte, os leitos de UTI alcançaram a quase totalidade de ocupação²⁴ e o sistema funerário entrou em colapso, sendo necessário o sepultamento de vítimas da doença em valas comuns²⁵.

Alguns meses após o primeiro pico da doença, (dezembro de 2020), a Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas (SES/AM) registrou na quinta versão do documento “Plano de Contingência Estadual para o Recrudescimento da Infecção Humana pelo SARS-CoV-2 COVID-19”²⁶, dados da Fundação de Vigilância de Saúde (FVS) que demonstravam novo indicador de alta na média móvel de internações desde setembro daquele ano. No mesmo período, demonstrou-se também um aumento significativo da ocupação de leitos de UTI em Manaus, tanto na rede pública quanto na rede privada, chegando-se a números elevados ao final de 2020.

No mais, percebeu-se a configuração do reconhecimento pelo poder público, de uma situação nova que demandava atenção e providências, tendo em vista a publicação do Decreto estadual nº 43.234, de 23/12/2020, (que estabeleceu medidas restritivas no período de festividades e a abertura de novos

²³ GIL, 2002, op. cit., p. 42.

²⁴ G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitosde-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.

²⁵ G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.

²⁶ PLANO MANAUS. Plano de contingência estadual para infecção humana pelo novo coronavírus 2019 – Ncov. Disponível em: <https://semsa.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/PLANO-CONTINGENCIA-CORONAVIRUS-PARA-O-AMAZONAS.pdf>. Acesso em 24 out. 2021

leitos de UTI)²⁷. Essa publicação prova que os agentes estatais detinham conhecimento da grave situação epidemiológica no Estado.

Naquele momento, os indicadores apontavam para o aumento exponencial de casos e de óbitos por COVID- 19, além dos riscos que as aglomerações decorrentes das festividades de fim de ano exerciam sobre a taxa de contágio; Reconheceu-se também o “caos” que poderia sobrevir ao sistema hospitalar – seja em termos de infraestrutura ou recursos – que suportasse a alta projeção de casos da doença²⁸. Apesar disso, o Governo estadual revogou o citado Decreto no dia 27 de dezembro de 2020, motivado por diversas manifestações contrárias às medidas de isolamento realizadas na capital Amazonense.

Diante dos fatos, em momento posterior, o Ministério da Saúde enviou uma equipe ao Estado do Amazonas, isso somente no dia 3 de janeiro de 2021, semana que houve nova crescente no número de internações²⁹. Essa equipe tinha apenas o objetivo de avaliar uma situação que já se evidenciava grave, portanto, e em razão da natureza fiscalizatória da equipe, não foram executadas medidas que, de fato, mitigassem ou prevenisse “o colapso” do sistema de saúde local.

Conforme distado no documento “Plano Manaus”:

Decidiu-se, então, pelo envio, a Manaus, de um dos secretários, formado em medicina, para avaliar a situação logo após a virada do ano. Escolheu-se, para a tarefa, a Secretária de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Mayra Pinheiro. Decidiu-se por realizar a viagem apenas após o ano novo, em virtude do início de mandato de gestores municipais e de possíveis trocas de secretariado.

Ademais, diante do conteúdo do intitulado “Plano Manaus” (2021) elaborado em 04 de janeiro de 2021 e após reunião do ministério público com as autoridades estaduais, conclui-se que:

- a) Há possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, devido à falta de recursos humanos para o funcionamento dos novos leitos;
- b) Há deficiência na resolutividade da atenção primária, por não estarem utilizando as orientações de intervenção precoce para COVID-19, conforme orientações do MS;
- c) Há dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos;
- d) Há dificuldades na contratação de profissionais com habilitação para atuação nas UTIs;
- e) Há necessidade de estruturação de leitos de UTI com celeridade para atendimento aos pacientes que já demandam internação, constatada pela alta ocupação dos leitos dos serviços de urgência e emergência (salas rosas e vermelhas) - taxa de ocupação atual de 89,1%; e - estima-se um substancial aumento de casos, o que pode provocar aumento da pressão sobre o sistema, entre o período de 11 a 15 de janeiro, em função

²⁷ DECRETO ESTADUAL nº 43.234, de 23/12/2020. Manaus, quarta-feira, 23 de dezembro de 2020 | Poder Executivo. Disponível em: <https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.

²⁸ SENADO FEDERAL. **Relatório Final da CPI da COVID-19**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarIWTDXPj/view>. Acesso em 24 de out. 2022, p. 25.

²⁹ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 250.

das festividades de Natal e réveillon³⁰.

Ou seja, já havia previsibilidade da situação caótica existente, desde o início da pandemia, não somente isso, a responsabilidade legal – constitucional pela manutenção das unidades hospitalares de saúde que seria alvo do agravamento e superlotação pela pandemia paira exclusivamente sob os governos que possuem sua administração, portanto, sob o Governo Estadual e Federal.

Diante disso, pode-se concluir neste primeiro momento que o governo federal por meio da comitiva enviada para a observância do avanço da situação de pandemia já possuía antes do colapso no sistema de saúde, ciência da carência de insumos que fosse capaz de estagnar as atividades hospitalares.

Como se não bastasse, houve alerta inclusive de governos exteriores ao governo brasileiro. O Japão, por exemplo, notificou o Brasil no dia 09 de janeiro de 2021, sobre uma nova variante do vírus Sars-CoV-2³¹. Tal nova cepa havia sido identificada pelo Ministério da Saúde do Japão em viajantes oriundos do Brasil.

Nas semanas posteriores, o Estado do Amazonas, mais especificamente, sua capital, Manaus, testemunharam a previsível subida no número de casos, com uma demanda de serviços hospitalares ainda maiores do que a verificada no 1º semestre de 2020. Diante disso, ante a ausência de um monitoramento e de um planejamento acerca do fornecimento de insumos hospitalares, sobretudo o abastecimento de oxigênio medicinal, instalou-se o estopim para a grave crise de saúde e humanitária que estava por vir.

Ao encontro disso, muitos meios de comunicação internacional noticiaram “a crise no Brasil”, dentre eles, um dos primeiros jornais a veicular a notícia foi o “The Gaurdian”, assim predizia a manchete: “Erupção de COVID no maior estado do Brasil deixa trabalhadores da saúde implorando por ajuda”:



(Fonte: The Gaurdian).

Essa manchete destacada no âmbito internacional veiculou somente a notícia do “caos” na saúde pública, materializada nos sofrimentos emocionais e físicos dos profissionais da saúde que se encontravam exaustos em suas atribuições.

³⁰ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 251-252.

³¹ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 252.

No Brasil, a notícia repercutiu de maneira diversa, uma vez que, se discutiu após um curto período de tempo, as consequências e as ações que foram ou não foram tomadas pelo governo do Estado do Amazonas e Governo Federal, no que tange ao combate da pandemia e providência de insumos hospitalares. Assim ressaltou o noticiário:



(Fonte: 15 jan. 2021 - G1 – PORTA DE NOTÍCIAS GLOBO)



(Fonte: 25 jan. 2021 - G1 – PORTA DE NOTÍCIAS GLOBO)

Segundo a primeira notícia do Portal G1 da Rede Globo de televisão (meio de veiculação nacional), o consumo de oxigênio em períodos sem picos de internação era entre 15 e 17 mil litros cúbicos por dia, já nos picos de internação esse valor triplicava podendo chegar a 76,5 metros cúbicos dia, o que superava a capacidade de produção das três principais fornecedoras da região (White Martins, Carbox e Nitron), uma vez que juntas produziam **28,2 mil metros cúbicos diários**, tendo um déficit, portanto, de 48,3 mil litros³².

Por conseguinte, antes que ocorressem as 30 mortes, da forma como preditas na segunda manchete, foram necessárias duas opções: a) transportar pacientes de um hospital para outro que tivesse reservas do referido gás; ou b) transportar mais cilindros de oxigênio para o Estado do Amazonas.

Primeiro se apostou na segunda opção, no entanto, foram detectados outros problemas de ordem logística quanto ao tamanho dos cilindros e a capacidade dos aviões de carga. Não sendo possível essa

³² G1. 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-acoes-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.

opção, muitos pacientes morreram, outros tiveram que ser transportados para cidades ou Estados vizinhos.

A segunda notícia, já citada, também do portal G1, elucidou as consequências, tanto da falta de oxigênio, quanto das omissões por parte do Governo Estadual e Federal. A primeira, porém, consubstanciou-se na configuração explícita da mistanásia, vez que, a partir da falta de oxigênio, em consideração a peculiaridade do vírus, de ataque ao sistema respiratório, culminou-se as chamadas: “mortes coletivas”, que com base na notícia supracitada totalizaram aproximadamente 30 mortes (óbitos)³³.

Nota-se que, ambas as notícias foram categóricas ao afirmar que a situação era evitável, já que uma vez constatados os picos da doença deveria o Governo (Federal e Estadual) ter previsto “o caos”, mais do que isso, deveria haver um plano subsidiário de infraestrutura para a saúde em razão do **dever incutido ao Estado** de prover saúde por meio de políticas sociais e econômicas, materializadas no atendimento integral, assistencial e preventivo, conforme preceituam os artigos: 196; 197; e 198 da Constituição Federal³⁴.

Em razão do recrudescimento da pandemia, os insumos hospitalares foram usados em maiores proporções, porém, por ser a doença de natureza respiratória, utilizou-se em maior escala os cilindros de oxigênio. Segundo o relatório final da CPI da COVID-19, os médicos contaram a morte por asfixia de grande número de pacientes. Dentre os depoimentos do relatório que apontam para a falta de cilindros de oxigênio, vale ressaltar a comunicação nº TG AMR 19/2021.03, de 16 de janeiro de 2021 que foi realizada pela diretora executiva da Anistia Internacional ao Ministro da Saúde da época, Eduardo Pazuello:

Não há leitos, não há ambulâncias e não há oxigênio em diversos hospitais e unidades de saúde de Manaus e também alguns do interior do Estado do Amazonas. Segundo dados coletados pelo Consórcio de imprensa que reúne diversos veículos de comunicação do Brasil, a média móvel de óbitos pela covid-19 no Estado do Amazonas aumento em 187% nos 14 primeiros dias desse ano de 2021. Esse percentual do Amazonas é mais que quatro vezes maior que a média móvel de mortes no Brasil todo que é de 42%, também de 1º a 14 de janeiro³⁵.

Em momento posterior insurgiu o Relatório técnico parcial de vigilância de óbitos por hipóxia em pacientes com COVID-19, que foi elaborado pela Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas (FVS/AM). Na ocasião, narrou-se a falta de insumos em geral (medicamentos, leitos, e etc.), e a falta de cilindros de Oxigênio nos dias 14 e 15 de janeiro de 2021. Desse modo, o citado relatório concluiu:

³³ G1. 25, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.

³⁴ Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, **cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...).

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (BRASIL, 2017, p. 11; 61 op. cit.).

³⁵ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 253.

Após análise parcial de 184 prontuários e livros de ocorrência de serviço, foi possível identificar registro em déficit crítico ou falta de oxigênio na rede de gases medicinais em evoluções médicas e de enfermagem de 34 pacientes. Cabe ressaltar que a associação do registro da falta de oxigênio com o desfecho clínico dos casos (óbito) deve ser investigada com maior detalhamento observando-se processos assistenciais e prescrições, além de discussão com equipes responsáveis pela assistência aos pacientes, com metodologia de análise de causa-raiz, uma vez que a assistência clínica é complexa e multifacetada³⁶.

Ao encontro dessas informações, a empresa White Martins, (principal fornecedora do gás oxigênio à época) apontou que, a partir de 26 de dezembro de 2020, passou-se a verificar um consumo diário no Estado superior à capacidade produtiva nominal da planta da empresa em Manaus, conforme disposto no gráfico:



(Fonte: Relatório da CPI da COVID 19 – Senado Federal, 2021).

Percebe-se que, os dados apontam para uma possível falta do referido gás, ainda que considerado a existência de estoques da empresa no Amazonas, era notório que ao final de 2020 o cenário epidemiológico demandaria atenção dobrada dos gestores públicos estaduais e federais acerca de um possível desabastecimento do insumo naquela localidade.

No mais, o relatório da CPI da COVID-19 trouxe dois outros pontos cruciais que foram discutidos em reunião no Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-COVID-19) de 18 de maio de 2020. Primeiramente, observou-se que já havia um mapeamento da necessidade de abastecimento de oxigênio em Municípios amazonenses e constatou-se:

Possibilidade de TED para aquisições das usinas de oxigênio de São Gabriel e Tabatinga, com custo aproximado de R\$ 561.436,22 cada usina via SESAI; (...). Aporte para SUSAN na compra de cilindros de oxigênio devido à alta demanda, desta forma não dependeria de avião evitando alto custo deste transporte para cilindros, o custo por cilindro seria uma média de R\$ 2.650,00, via SAES.

Posteriormente, o segundo relatório da CPI-COVID também trouxe a resposta da empresa White Martins no processo nº 1000577-61.2021.4.01.3200. Nessa resposta, a empresa ressaltou a obrigação do Estado e dos seus gestores públicos em coordenar, monitorar e estimar a oferta e a demanda de insumos médicos nas unidades hospitalares. Em suas palavras:

As questões relativas à demanda e a necessidade dos hospitais do Estado do Amazonas não podem ser respondidas pela WHITE MARTINS, que atua como fornecedora do Estado e de hospitais privados, mas não exerce qualquer atividade médica, na área de

³⁶ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 256.

epidemiologia ou de políticas públicas relativas à saúde pública, e tampouco tem ciência da capacidade de produção de seus concorrentes.

Na tentativa de driblar as mortes mistanásicas e possibilitar melhores condições para se evitar situações emergenciais de saúde pública, o governo federal sancionou a lei 13.979/20 que trouxe diversas medidas para o enfrentamento da pandemia, dentre elas vale citar, algumas aquelas dispostas no Art. 3º da citada lei: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; **e) tratamentos médicos específicos.**

Com tudo, ante a configuração da situação da falta de cilindros oxigênio líquido, percebeu-se, **o não cumprimento da alínea (e) da citada lei 13.979/20**, pois os pacientes em seus quadros clínicos necessitavam desse tratamento especial, para a manutenção da sua saúde, o que não ocorreu.

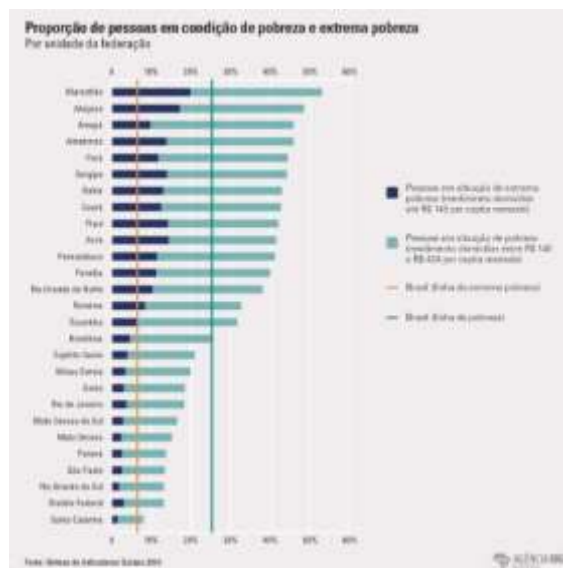
Diante do exposto, se verificou uma conduta omissiva por parte dos gestores estaduais, além disso, se deve considerar que o governo federal não adotou previamente, mecanismos de controle do consumo de oxigênio pelo país, apesar de o produto ser essencial na terapia de pacientes infectados pelo COVID-19.

Tudo isso se verificou em desacordo com a previsão do artigo 16º da lei 8.080/90 que assevera a direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) a responsabilidade para: “XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, (em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal)”³⁷.

No entanto, o que se verificou com o estudo de caso foi exatamente o contrário, isso porque, mesmo diante do recrudescimento da pandemia materializado na citada comunicação nº TG AMR 19/2021.03, que apontou a ausência de leitos, ambulância e insumos hospitalares, bem como, diante do relatório técnico parcial de vigilância do Estado do Amazonas que apontou para o déficit crítico ou falta de oxigênio na rede de gases medicinais, o Estado permaneceu-se inerte, não no sentido de não fazer, ele fez, por exemplo, (ao enviar uma equipe de sanitaristas a Manaus), porém, sua conduta foi meramente reativa, sem estratégias capazes de reverter ou amenizar a situação.

Ademais, a pandemia da realidade local de Manaus-AM, deve ser entendida em seu contexto de inserção social, (não querendo estabelecer uma relação de causa e consequência), mas vale dizer que o ocorrido se realizou em uma das regiões mais pobres e de grande número de vulneráveis do Brasil. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE (2019), 47,4% da população amazonense estavam abaixo da linha de pobreza em 2019, isso significa dizer que de um total de 4,1 milhões de pessoas, 1,9 milhões vive nessa condição, conforme demonstrado no gráfico abaixo:

³⁷ BRASIL, Lei nº 8.080/90, op. cit.



(Fonte: IBGE- Síntese de Indicadores sociais 2019)

Esse indicador socioeconômico, particularmente demonstra uma característica peculiar da mistanásia nos países em desenvolvimento localizados na América Latina (como é o caso do Brasil), cito à pobreza, pois as mortes mistanásicas são em sua maioria acompanhadas pela omissão, ou melhor, dizendo, pela pobreza e omissão, consideradas facilitadoras para a ocorrência de mortes e doenças.

Nas palavras de Leonardo Martin:

De modo geral, na América Latina a forma mais comum de mistanásia é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira, e não apenas nas fases avançadas e terminais das suas enfermidades. Fatores geográficos, sociais, políticos e econômicos se juntam para espalhar pelo nosso continente a morte miserável e precoce [...]. A fome, condições de moradia precária, falta de água limpa, desemprego ou condições de trabalho massacrantes, todos contribuem com sua parcela para espalhar a falta de saúde e uma cultura excludente e mortífera. É precisamente a complexidade das causas dessa situação que gera na sociedade certo sentimento de impotência propício da mentalidade “se salva quem puder”³⁸.

Em suma, a situação em apreço contribuiu para a atribuição de responsabilidade jurídica ao Estado ante a configuração da mistanásia, notória em três elementos significativos, são eles: I) **Mortes coletivas** (30 mortes); II) **Evitáveis**: se o Governo tivesse cumprido as exigências preventivas do artigo 3º, inciso III, alínea (e) da lei 13.979/20, promulgada dois meses antes do colapso ou atendido as exigências do plano Manaus e do relatório técnico parcial de vigilância, as mortes não teriam ocorrido; e III) **Precoces**: pacientes faleceram, não em virtude de uma doença hereditária, ou degenerativa, mas por uma virose, que até o presente momento carecia de vacina, no entanto, poderia evitar-se as mortes com as medidas de profilaxia.

³⁸ MARTIN, Leonardo. **Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia**. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000, p. 472.

Mais do que isso, o estudo de caso demonstrou a caracterização de uma peculiaridade da mistanásia no Brasil, (uma vez que as mortes não constituíram um problema isolado, ou restrito a uma única causa e consequência), elas veicularam outros problemas como a pobreza, a falta de saneamento e infraestrutura, próprios da região norte do Brasil.

4. Responsabilidade do Estado frente aos tipos de mistanásia

Com a ocorrência da mistanásia insurge à responsabilidade pelo dano (mortes mistanásicas) justificado na latente violação ao direito à vida e a saúde dos pacientes. Isso porque, a mistanásia consiste na realização de uma conduta omissiva, pautada na evitabilidade. Para melhor entender o instituto da responsabilidade, faz-se necessário à conceituação de Estado, bem como a compreensão dos tipos de mistanásia e procedimentos para a fiscalização e tutela do interesse público coletivo.

No mais, a punibilidade do Estado necessariamente deve ser pensada a partir dos tipos de mistanásia presentes na literatura. Para Cleberson Cardoso de Oliveira a mistanásia classifica-a em cinco grupos: mistanásia ativa; mistanásia passiva ou omissiva; mistanásia negligente; mistanásia imprudente e a mistanásia por imperícia ³⁹.

A primeira, “mistanásia ativa” consiste na forma mais incomum de falar em mistanásia, pois nessa o indivíduo é submetido a experiências como se fosse uma cobaia, a título de exemplo, vale citar os holocaustos, a retirada de órgãos para o mercado negro de transplantes, bem como o aceleramento da morte de idosos ou doentes, por grupos, que no Brasil e Reino Unido ficaram conhecidos como “anjos da morte” ⁴⁰.

Já a segunda, “mistanásia omissiva”, não consiste em uma ação, mas em um processo materializado na antecipação da morte, na maioria das vezes ocasionada pela imprudência, negligência ou imperícia no atendimento médico. Em outras palavras, esse tipo de mistanásia deve ser entendido como uma inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário para a preservação de sua saúde. Ainda nessa classificação, vale citar as pessoas com deficiência ou doentes em condições de carência pela exclusão econômica, política ou social ⁴¹.

A terceira situação, a intitulada “mistanásia negligente” se perfaz com a omissão de socorro por parte do médico que se recusa a atender o paciente, também se elucida naquelas circunstâncias em que o enfermeiro que possuía o dever de verificar os medicamentos das bombas de infusão, não o faz, possibilitando o agravamento da situação clínica do paciente, e, por conseguinte sua morte ⁴².

Em penúltimo lugar, se classifica a “mistanásia imprudente”, que pode ser entendida como um julgamento subjetivo do médico. Diante de uma situação clínica, que ele julga pouco reversível, resolve não aplicar tratamento paliativo necessário para a atenuação dos sofrimentos da fase terminativa de vida. Nessa situação, a culpa do médico (agente) pode ser considerada omissiva, pois o médico age com irreflexões, sem a cautela necessária que justifique a não aplicação do referido tratamento paliativo ⁴³.

³⁹ OLIVEIRA. 2020, op. cit.

⁴⁰ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 88.

⁴¹ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 89.

⁴² OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 90.

⁴³ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 91.

Por último, a “mistanásia por imperícia”, (fruto da inaptidão técnica dos agentes médicos), que estagnaram na profissão sem buscar novos conhecimentos técnicos – científicos ou que simplesmente não aprenderam determinada matéria. Para essa espécie, a título de exemplo, podem-se citar os indivíduos vítimas de procedimentos médicos que não deram certo, como as condições desumanas pelo qual são submetidos os indivíduos em clínicas, asilos e casa de repouso ⁴⁴.

Enfim, para esta pesquisa interessa falar-se da espécie “mistanásia omissiva”, por ser mais comum quando se fala em responsabilidade penal do Estado.

4.1 Da responsabilidade estatal

A responsabilidade do Estado (pessoa jurídica de direito público) em matéria de violação ao direito à saúde encontra-se positivada na Constituição Federal no artigo 196. Resguarda-se a saúde para todos, sem qualquer distinção e observa-se o dever garantidor inerente ao Estado. Na primeira parte do artigo 196, restou enfatizado: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, já a segunda enfocou-se na promoção das políticas sociais e econômicas como garantia para a efetivação desse direito.

Mas afinal, como a doutrina define responsabilidade? Aproveitando-se da construção embrionário conceitual do Direito Civil, a responsabilidade esta relacionada à ideia de não causar prejuízos aos outros, razão que implica ante a sua configuração a reparação dos danos.

Em outras palavras:

A responsabilidade é o modo de exteriorização da própria justiça, é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro. O conteúdo vislumbra que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social. O seu conceito é o dever de reparar um dano causado por ação ou omissão, de sujeito de direito público ou privado, contrário à norma subjetiva⁴⁵.

Em comento à (as) ordem (ns) positivada (s) nas normas que versam sobre os direitos sociais José Afonso da Silva apontou para a necessidade de efetivação desses direitos, dentre eles o direito à saúde (considerado um direito social pelo artigo 6º da Constituição Federal), para tanto, propôs:

[...] prestações positivas proporcionais pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade ⁴⁶.

Observa-se que, o doutrinador no excerto acima apontou tão somente para as “prestações positivas”, no entanto, como se sabe, a doutrina majoritária disserta sobre a dupla natureza dos direitos sociais. Nessa esteira, Pedro Lenza preceituou:

⁴⁴ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 91.

⁴⁵ ACERVO SABER.

Responsabilidade civil. Disponível em: http://www.acervosaber.com.br/trabalhos/direito/responsabilidade_civi.php. Acesso em 21 jun. 2021.

⁴⁶ SILVA. José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285-286.

[...] no tocante ao direito à saúde [enquanto direito social] no texto de 1988, os direitos sociais assumem duas naturezas: a) negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) positiva: fomenta-se um Estado protecionista para implantar o direito social⁴⁷.

Desse modo, a luz do texto constitucional constitui **dever do Estado** garantir a efetividade do direito a saúde, pois essa foi à vontade do legislador, e, portanto se o Estado não exerce com maestria tal prestação, ele não cumpre o seu **dever** institucionalizado ferindo o direito da coletividade. Por esta razão, o legislador quis que o Estado respondesse pelos danos ocasionados ante a insuficiente prestação de recursos à saúde de todos. Se não fosse essa a vontade do constituinte originário, os entes da federação não deveriam ser citados categoricamente no artigo 23, inciso II da Constituição Federal como responsáveis comuns em matéria de saúde, assim reza o artigo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência⁴⁸.

No mesmo sentido, prevê o artigo 24 da Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, **proteção e defesa da saúde**⁴⁹.

Nessa toada, o legislador reservou um capítulo da Magna Carta para tratar questões atinentes ao Direito à saúde, em especial nos artigos de 196 ao artigo 200. Ambos são unânimes quanto à imposição do **dever do Estado** para o fornecimento da saúde enquanto (direito e pressuposto que garante a dignidade humana).

Como se não bastasse à previsão do artigo 196, quanto à imposição do dever do Estado no que tange ao provimento da saúde, o já citado artigo 197 da Constituição Federal vai além, pois se fala da relevância quanto às ações e serviços de saúde e diz que cabe ao Poder Público regular, fiscalizar e controlar tais ações e serviços. E quanto a essas ações e serviços públicos de saúde, dissertou o artigo 198 da Carta Magna sobre “descentralização” do sistema de saúde brasileiro.

Isso, porém, não significa possibilidade para a irresponsabilidade, pelo contrário, embora cada Estado federado seja responsável dentro dos seus limites territoriais e dada a autonomia de cada qual. Quando o legislador elenca a descentralização sua intenção não foi livrar os entes federados de algumas responsabilidades, mas foi, reconhecer a autonomia dos Estados, bem como ao término dos limites territoriais à própria solidariedade existente entre eles, quando se tratar de matéria atinente à violação do direito à saúde.

Para complementar esse argumento, o legislador no artigo subsequente, dispôs: “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”⁵⁰, ou seja, pode a iniciativa privada atuar como assistente, mas isso não quer dizer sê-la responsável pelo provimento primeiro do direito à saúde, já que a assistência, não é sinônima de “dever”, cabendo esse último exclusivamente ao Estado.

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19º Ed. São Paulo: Saraiva 2015, p. 1281.

⁴⁸ BRASIL. 2017, op. cit., p. 16.

⁴⁹ BRASIL. 2017, op. cit., p. 17.

⁵⁰ BRASIL. 2017, op. cit., p. 62.

No artigo 2 da Lei 8.088/90 preceituou-se que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que deve o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. E, predispuseram-se formulações em seu parágrafo 1º para a realização do dever do Estado, pautando-se principalmente na prevenção que evita doenças e mortes mistanásicas ⁵¹.

Dentre os objetivos e atribuições do Sistema Único de Saúde, estão conforme os incisos I, II e III do Art. 5º da lei 8.080/90: a divulgação e identificação de condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de políticas de saúde; e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde ⁵². Assim, a referida lei vai ao encontro do que dispõe a Constituição Federal de modo a enfatizar a responsabilidade do Estado, inovou, porém, quando citou diretrizes para a efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, a Constituição Federal colaborou para a definição do sujeito ativo, mas do que isso, “o Estado” foi entendido no sentido “*latu sensu*” englobando o Distrito Federal, os Municípios e a União. Com isso, enalteceu-se a **responsabilidade solidária** entre todos os entes públicos, podendo qualquer destes ser pleiteados em demandas judiciais para a prestação de serviços de saúde ou pelas violações ao direito à saúde.

Essa questão repercutiu inclusive no Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 855178. Na ocasião, a Suprema Corte firmou a tese em repercussão geral optando pela responsabilidade solidária, da forma como ilustrado na ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. **É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados.** O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos⁵³.

Em outras palavras o Estado tem o dever de assegurar efetividade ao direito à saúde independente da divisão de tarefas entre os entes governamentais e a organização do Sistema único de Saúde, uma vez que essa divisão meramente doutrinária, não pode, ante uma situação concreta, obstaculizar o direito do indivíduo à percepção de medicamentos ou tratamento médico específico.

⁵¹ BRASIL, **Lei nº 8.080/90**, op. cit.

⁵² BRASIL, **Lei nº 8.080/90**, op. cit.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Des. Relator: Min. Luiz Fuz. Tribunal pleno. Data do Julgamento 23/05/2019. Dje: 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em 14 jul. 2021.

Como já foi destacado nos parágrafos anteriores, constitui dever do Estado garantir saúde para que este direito não seja violado, qualquer atitude por parte do Estado que obstaculize o seu cumprimento ou possibilite a existência de falhas à prestação dos serviços de saúde, e, que por sua vez venham causar dano aos pacientes gera o dever de indenizar, pois a administração pública tinha o dever de prestar um serviço de qualidade, isso na esfera civil.

Pode-se afirmar, portanto, que na situação problema dessa pesquisa que houve omissão pelo Estado do Amazonas (governo federal e estadual), haja vista que a falta de oxigênio na cidade de Manaus era uma situação evitável, perante o **dever do Estado** de fornecer insumos suficientes para a manutenção da saúde. Desse modo, essas mortes poderiam ser evitadas se houvesse um planejamento estratégico da secretaria de saúde do Estado do Amazonas em parceria com o governo federal para o fornecimento de cilindros de oxigênio medicinal em número suficiente para atender a demanda.

No todo, conclui-se que: figuram culpados como “sujeitos ativos”, o município de Manaus, o Estado do Amazonas e a União, pois ambos, como demonstrado, possuem o **dever** comum de prover o direito à saúde. Todos e cada um dos entes da federação têm legitimidade para figurarem na qualidade de sujeitos ativos como causadores do dano (mortes mistanásicas), ou, eventualmente, ante a uma demanda judicial de determinado cidadão, violado no seu exercício do direito à saúde, figurar no polo passivo como demandado judicial.

4.2 Da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas de direito público pela configuração da mistanásia.

Com a configuração de um crime é comum veicular na mídia protestos clamando por justiça e pedidos por responsabilizações para que se possa punir o agressor. No entanto, o sujeito ativo de que estamos tratando é uma pessoa jurídica de direito público. Por esta razão, questões ainda mais reflexivas evidenciam-se, principalmente no que tange às sanções, dada a impossibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade ou restritivas de direito a essas pessoas jurídicas.

Entretando, estes questionamentos não impediram a configuração da responsabilidade jurídica por danos em gerais. Tanto é verdade, que a responsabilidade pode ser penal ou civil. “A primeira, objeto desse estudo, é prevista, como inovação em nosso ordenamento jurídico na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais”⁵⁴.

Sobre o tema da responsabilidade e com fulcro em uma abordagem arcaica, porém ampla, Kelsen disserta:

[...] apesar de nenhum delito, no sentido do Direito nacional, poder ser imputado ao Estado, o Estado pode, contudo, ser obrigado a reparar o dano que consiste no não cumprimento de sua obrigação. Isso significa que um órgão do Estado é obrigado a anular o ato antijurídico cometido por um indivíduo que, como órgão do Estado, era obrigado a cumprir a obrigação do Estado, mas não o fez, a punir esse indivíduo e a reparar com o patrimônio do Estado o dano antijuridicamente causado⁵⁵.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, grifo nosso p. 268.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 200.

Veja que, mesmo diante das barreiras impostas pela própria legislação em matéria de punibilidade do Estado, Kelsen reafirma a necessidade de reparo (indenização) pelo Estado caso se configurem violações. Tudo isso, sem driblar a legislação vigente, pois não é a impossibilidade de aplicar uma pena de prisão (privativa de liberdade) ao Estado que vai conferir-lhe “status” de inimputável. Pelo contrário, sobretudo, em razão do dever de prestar saúde, malgrado na Constituição Federal, é que o Estado deve ser punido.

Com fulcro na possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, o artigo 173, parágrafo 5 da Magna Carta ao tratar da exploração direta da atividade econômica pelo Estado versa sobre a punição criminal da pessoa jurídica (de direito público ou privado), como dissertou a doutrina dos constitucionalistas, a exemplo de Gandra Martins, José Afonso da Silva e Ribeiro Bastos⁵⁶.

Dispõe o citado artigo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular⁵⁷.

No mesmo sentido, o artigo 225 parágrafo § 3º da Constituição Federal, em matéria de meio ambiente fornece indícios para a possibilidade de punição criminal do Estado ao positivar que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁵⁸.

Nelson Roberto Bugalho ao analisar os aspectos do referido artigo 225 comentou que os preceitos constitucionais positivados neste artigo, servem para alargar a incidência do direito penal como forma de elevar essa seara à proteção dos direitos coletivos, cuja tutela deve ser imposta na busca de uma justiça mais autêntica que atenda às exigências da justiça material⁵⁹.

Em complementação à reflexão atinente a punição criminal do Estado em matéria de meio ambiente, insurgiu no ano de 1998 a Lei nº 9.605 que versa sobre crimes ambientais⁶⁰. Com uma inovação, a citada lei previu expressamente a responsabilidade penal dos entes morais, o que se observa

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf Acesso em 21/07/2021.

⁵⁷ BRASIL. 2017, op. cit., p. 57.

⁵⁸ BRASIL. 2017, op. cit., p. 68.

⁵⁹ BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 286-314, jan. 2007.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 13.2.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 27, jul. 2021.

no artigo 3: “As pessoas jurídicas serão responsabilizada administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei”.

Ademais, (antes de tratar das sanções penais para a pessoa jurídica de direito público), vale fazer duas ponderações referentes ao conteúdo dos artigos supracitados: primeiramente, a Constituição Federal quando disserta a respeito da possibilidade de punição penal da Pessoa Jurídica de Direito Público, faz em situações restritivas às esferas do meio ambiente. E, secundamente, a Lei 9.605/98 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), também o faz nos termos restritivos ao meio ambiente.

Diante dessas informações, pergunta-se: por qual razão se aplica uma interpretação ampliativa desses dispositivos para a formação do conteúdo jurídico em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, já que a mistanásia é uma questão ligada ao direito à saúde? Para responder a essa pergunta é importante estabelecer relação entre o direito à saúde e o meio ambiente.

A Lei orgânica da saúde nº 8.080/90 estabeleceu expressamente em seu art. 3º a relação entre saúde e meio ambiente, sendo que este último é fator determinante para a saúde. Do mesmo modo, a Constituição Federal dispõe sobre a saúde e o meio ambiente no mesmo Título VIII, da ordem social, determinando em seus artigos 196 e 225 (que ambos são direitos de todos e dever do Estado), mutualmente organizados um como condição do outro.

Ao determinar que o meio ambiente seja ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal)⁶¹ para a sadia qualidade de vida, a Constituição Brasileira enfatizou as proximidades jurídicas e de dependência existente entre o meio ambiente e o direito à saúde. Esse vínculo existente entre a saúde e meio ambiente encontra-se ainda mais explícito na Magna Carta de 1988 em outros artigos.

No Capítulo VI do Título VIII, por exemplo, ou a referência ao meio ambiente do trabalho feita na Seção II do Capítulo II desse Título, que versa sobre saúde, preceituando em seu artigo 200, inciso VIII que: “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”⁶².

Destarte, ficou caracterizada no artigo 200, inciso VIII, a atribuição de colaboração da saúde para a proteção do meio ambiente. Estreitou-se a relação entre ambos os direitos, de modo que a defesa, proteção e preservação do meio ambiente pela coletividade e pelas instituições prestadoras de serviços de saúde, significam retornos benéficos à vida e saúde de todos. Por esta razão, aplicar dispositivo referente ao meio ambiente em matéria de responsabilização criminal e violação ao direito à saúde significa em outras palavras atender a pretensão do legislador que os tratou em correlação.

Dito isso, a Lei 9.605/98 cuidou-se em apresentar espécies de sanções penais para a pessoa jurídica, muito embora, sem dissertar ou diferenciar a natureza da pessoa jurídica de que trata sê pública ou privada. Isso, porém, não obstaculizou a atividade do interprete do direito, que pode entender pelo comando geral da norma e trata-las de forma isonômica, já que a lei não impõe barreiras à interpretação ampliativa. Aliás, em se tratando de matéria penal as exceções devem ser previstas em lei com fulcro no princípio da legalidade.

⁶¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL. 2017, op. cit., p. 68).

⁶² BRASIL. 2017, op. cit., p. 62.

Do mesmo modo, dissertou Paulo Affonso Leme, em comento a referida lei nº 9605/98 sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público:

A administração pública direta como a Administração indireta pode ser responsabilizada penalmente. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de Direito Público, poderão ser incriminados penalmente. (MACHADO, 2014, p. 838).

Por estas razões, as sanções do artigo 21 da referida Lei⁶³ podem ser perfeitamente aplicadas à pessoa jurídica de direito público. É claro que, nem todas as sanções descritas no artigo 21 poderão ser aplicadas ao Estado, tendo em vista a sua natureza de pessoa jurídica de direito público. Entretanto, nada impede a aplicação da multa enquanto pena e ressalvadas ainda, as possibilidades de indenização civil por parte dos entes públicos aos familiares das vítimas que sofreram mistanásia.

De acordo com Alaim Stefanello para às pessoas jurídicas de direito público,

[...] não haveria como aplicar uma suspensão parcial ou total de atividades para a União ou para um município, por exemplo. Porém, ao mesmo tempo, negar que se possa aplicar uma pena de multa ou de recuperação de espaços públicos é recusar o que já está ocorrendo diariamente nas condenações cíveis aplicadas pelo Judiciário. A alegação de que a multa geraria um mero remanejamento de créditos orçamentários – não se constituindo numa pena propriamente dita – também não prospera: ao remanejar estes recursos, o juiz estará decidindo em favor da reparação do dano ambiental, dando outro destino ao dinheiro do contribuinte. Logo, filiamo-nos à corrente de opinião que as pessoas jurídicas de direito público podem ser responsabilizadas penalmente, competindo ao Poder Judiciário, dentro do princípio da tripartição dos poderes e do princípio da proporcionalidade, analisar qual penalidade melhor se adequará ao caso concreto, para proteger o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁴.

Por todo o exposto, “o Estado” (União, Estados e Distrito Federal) pode ser responsabilizado criminalmente nos moldes da Constituição Federal, bem como da Lei nº 9605/98 na qualidade de pessoa jurídica de direito público pelas mortes mistanásicas, uma vez que a saúde violada constitui um direito público, subjetivo, fundamental, social e inerente à dignidade humana, razão que torna passível a sua exigência, ainda que ausente regulamentação específica em lei infraconstitucional, pois como já foi dito, a saúde é em primeiro lugar dever do Estado, devendo esse ser responsabilizado por não garantir o pleno exercício do direito à saúde, em razão do referido dever constitucional.

5. Considerações finais

Com o estudo de caso da falta de cilindros de oxigênio na capital Amazonense pode-se verificar a configuração dos elementos que significam o termo “mistanásia”, são eles: miserabilidade, infelicidade, precocidade e evitabilidade, pois, restou demonstrado que:

⁶³ BRASIL. LEI 9605/98, op, cit.

⁶⁴ STEFANELLO, Alaim Giovani Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 19-29, dez. 2010.

I) A região norte do Brasil segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) integra uma população economicamente pobre e de usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS);

II) Aproximadamente 30 (trinta pessoas) morreram precocemente em circunstâncias que poderiam ser evitadas caso o governo federal e estadual tivesse atendido às estratégias do Plano Manaus e dos relatórios que apontavam para o colapso na saúde e provável falta do insumo (oxigênio medicinal);

III) Com a inação dos agentes públicos: Presidente, Governador do Estado e Ministros da saúde a pandemia assumiu consequências maiores.

Diante desta situação, discutiu-se a responsabilidade criminal do Estado (pessoa jurídica de Direito Público) para, então, definir o sujeito ativo que deverá ser responsabilizado pelas mortes coletivas, precoces e evitáveis. Essa responsabilidade por omissão é em outras palavras a responsabilidade por comportamento ilícito, de modo a suplantar subjetividade que consiste na configuração das modalidades: negligência, imperícia ou imprudência. Embora o Estado não seja uma pessoa individualizada, existe uma culpa em razão do dever constitucional não executado, e que, portanto, deve ser punido.

Percebeu-se de antemão que não há um enquadramento típico para a mistanásia, da mesma forma que não existe para a eutanásia, no entanto, verificou-se um dever positivado no artigo 196 da Magna Carta que supre as necessidades de um tipo penal específico, refiro-me ao dever de prestar, fornecer e garantir efetividade a saúde.

Quanto à responsabilização das pessoas jurídicas de direito público concluiu-se pela possibilidade de responsabilização criminal do Estado, tendo em vista que a saúde constitui um direito público, subjetivo, social e fundamental, ligada diretamente a outros dois outros direitos: dignidade e vida. Essa foi a vontade do legislador ao positivar no artigo 23, inciso II da Constituição a competência comum, isto é, não individual, dos entes da federação no “cuidado da saúde”, de modo que todos os entes devem prestar condições à efetivação do direito à saúde.

Como se não bastasse afirmar: “o Estado deve ser responsabilizado criminalmente pelas mortes mistanásicas ocorridas em Manaus, em razão do dever constitucional de garantir a saúde e prevenir violações”, o legislador em outros artigos ensejou possibilidades para a punição criminal da pessoa jurídica de direito público.

É o que se vê na redação do artigo 173, parágrafo 5 da Constituição Federal que admitiu a responsabilização da pessoa jurídica, no que tange aos atos contra a ordem econômica e financeira, e contra a economia popular. Da mesma forma, o artigo 225, parágrafo 3º da referida Constituição que preceituou em matéria de meio ambiente, (sanções penais) aos infratores sejam pessoas físicas ou jurídicas.

No tocante as espécies de penas aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, parte da doutrina aproveita-se daquelas previstas na Lei 9.605/98 (que versa sobre sanções penais e administrativas em matéria de meio ambiente), pois como se verificou, existe um vínculo entre o meio ambiente e o Direito à saúde. Por pretensão do legislador, ambos são tratados no capítulo VI do Título VIII e no art. 200, inciso VIII como condição um do outro. Por esta razão, aplica-se o dispositivo referente ao meio ambiente em matéria de responsabilidade criminal e violação ao direito à saúde como resposta à vontade do legislador.

Além disso, a lei 9.605/98 de característica penal-administrativa não trouxe distinções, nem elencou exceções quanto às naturezas das pessoas jurídicas, admitindo interpretação ampliada. É claro que, não são todas as penas aplicáveis, pois com base no artigo 21 da citada lei, as punições consistem em: multa; restritiva de direitos; e prestação de serviços à comunidade.

Destarte, “o Estado”, em sentido lato sensu, englobando os demais entes federados, deve ser considerado, sujeito ativo, podendo responder pela omissão relevante do artigo 13 do Código Penal, haja vista o *dever* positivado no artigo 196 da Constituição Federal e culpa anônima, aqui já salientada, bem como, a vontade explícita do legislador que coloca ao Estado o “status” de garantidor. Ao Estado, portanto, ante a configuração das 30 (trinta) mortes, ocorridas em situação que poderia ser evitada, devem culminar pena, não todas, (dada à característica inerente de pessoa jurídica de direito público), mas tão somente: a pena de multa.

Referências bibliográficas

- ACERVO SABER. **Responsabilidade civil**. Disponível em: http://www.acervosaber.com.br/trabalhos/direito/responsabilidade_civi.php. Acesso em 21 jun. 2021.
- ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. Boletim do Instituto São Camilo nº 57. 1989.
- BARBOZA; LEAL; ALMEIDA. **Biodireito tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021.
- BARROS. Edmilson de Almeida Júnior. **Código de Ética Médica comentado e interpretado**. Resolução CFM 2217/2018. São Paulo: CIA do e-book. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 13.2.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 27, jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**. 07.02.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 20, set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Des. Relator: Min. Luiz Fuz. Tribunal pleno. Data do Julgamento 23/05/2019. Diário de justiça eletrônico: 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em 14, jul. 2021.
- BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 286-314, jan. 2007.
- CHIAVACCI, Elena. **A raiz profunda da miséria e da morte prematura de grande parte da família humana está ligada a estruturas financeiras e produtivas planetárias**. Ed. Non uccidere' in economia. 2004, p. 539-541.
- DECRETO ESTADUAL nº 43.234, de 23/12/2020. Manaus, quarta-feira, 23 de dezembro de 2020 | Poder Executivo. Disponível em: <https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.
- DECRETO FEDERAL. Nº 4.388, de 25/09/2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 01 mar. 2021.
- Enciclopédia of Bioethics, 2º Ed., vol. 1, Introdução, W.T. Rich, editor responsável, p. 21, 1995.
- FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Nota técnica 2020/03 – ILMD/Fiocruz Amazônia – Observatório COVID-19 – INFO Gripe**. Reflexões sobre o comportamento da epidemia da COVID-19 segundo as regiões de saúde do estado do Amazonas. Disponível em: <https://amazonia.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/11/NOTA-TECNICA-N3-aprovado.pdf>. Acesso em 28 abr. 2021.

- G1. 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-acoes-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.
- G1. 25, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.
- G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitos-de-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.
- G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.
- GUARDIAN. THE. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/14/brazil-manaus-amazonas-covid-coronavirus>. Acesso em 20, abr. 2021.
- IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.
- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1998**. São Paulo: Verbatim, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 200.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19º Ed. São Paulo: Saraiva 2015.
- MARTIN, Leonardo. **Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia**. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. **Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde**. Londrina – PR. Ed. Thoth. 2020.
- PLANO DE CONTINGÊNCIA NACIONAL PARA INFECÇÃO HUMANA PELO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19. Centro de OPERAÇÕES DE EMERGÊNCIAS EM SAÚDE PÚBLICA | COE-COVID-19. Disponível em: <https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.
- PLANO MANAUS. **Plano de contingência estadual para infecção humana pelo novo coronavírus 2019 – Ncov**. Disponível em: https://semsa.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/PLANO-CONTINGENCIA_CORONAVIRUS_PARA-O-AMAZONAS.pdf.
- Resolução CFM nº 2217. 2018. Código de ética médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 28 fev. 2021.
- RICCI, Luiz Antônio Lopes. **A morte social: mistanásia e bioética**. São Paulo: Ed. Paulus. 2017.
- ROCHA, Renata Da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 69.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf. Acesso em 21/07/2021.
- SENADO FEDERAL. **Relatório Final da CPI da COVID-19**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarIWTDXPj/view>. Acesso em 24 de out. 2021.
- SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STEFANELLO, Alaim Giovani Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29. 2010.
- UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em 01 mar. 2021.

Recebido: 04/02/2023

Aprovado: 08/07/2023

