

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DO DIREITO AO NASCIMENTO SAUDÁVEL

THE PUBLIC MINISTRY IN THE CARE OF RIGHT TO HEALTHY BIRTH

Giorgio Andre Lando¹

Pós-Doutorado em Direito

Pós-Doutorado em Direito Università Degli Studi Di Messina (Unime) - Itália

Francidalma Soares Sousa Carvalho Filha²

Doutorado em Saúde Pública

Universidade Estadual do Maranhão (UEM) - Maranhão (MA) - Brasil

Samuel Pereira Sousa³

Especialista em Direito

Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão (Facema) -
Maranhão (MA) - Brasil

RESUMO: A Constituição Federal garantiu extenso rol de direitos fundamentais as pessoas naturais, dentre eles o direito à vida e à saúde para o desenvolvimento da personalidade das pessoas de modo digno. Nesse sentido, o objetivo do presente capítulo é apresentar o direito de nascer saudável como um direito fundamental do ser humano, bem como demonstrar que o Ministério Público é o ente competente para proteger o referido direito em face dos interesses do nascituro. O capítulo foi desenvolvido a partir da aplicação do método de revisão bibliográfica. O nascituro é uma pessoa em desenvolvimento, com vida intrauterina, mas que ainda não nasceu. Contudo o seu nascimento depende da garantia de direitos fundamentais, como o direito à saúde. A saúde é um direito social de responsabilidade do Estado e que deve ser oportunizado a todas as pessoas. O nascimento com vida do nascitu-

¹Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi Di Messina - Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2008). Especialista em Direito Civil e Processual Civil e Graduação em Direito também por esta Universidade. Atualmente é advogado, Professor Adjunto da Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão - FACEMA e Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco - UPE. E-mail: giorlandolando@hotmail.com

²Doutora em Saúde Pública pela Universidade Internacional Três Fronteiras - UNINTER. Professora Assistente da Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão - Facema e Universidade Estadual do Maranhão - UEM. E-mail: francidalma-filha@gmail.com

³Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade do Vale do Itapecuru - FAI. Professor Auxiliar da Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão - Facema. E-mail: samuel.pereira.adv.cx@hotmail.com

ro está condicionado a uma gestação saudável. O ordenamento jurídico brasileiro apresenta em diversos diplomas legais a regulação do direito de nascer saudável, bem como prevê o Estado e a família como responsáveis. Os pais são responsáveis naturais para garantia de tal direito, mas em determinadas circunstâncias o Ministério Público deverá exercer a referida função, fazendo uso das atribuições concedidas pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Ministério Público, Nascer, Saúde, Tutela.

ABSTRACT: The Federal Constitution has guaranteed a wide range of fundamental rights to natural persons, including the right to life and health for the development of the personality of people in a dignified manner. In this sense, the purpose of this article is to present the right to be healthy as a fundamental right of the human being, as well as to demonstrate that the Public Prosecution Service is the competent entity to protect that right in the interests of the unborn child. The chapter was developed from the application of the bibliographic review method. The unborn child is a developing person with intrauterine life, but not yet born. However, their birth depends on the guarantee of fundamental rights, such as the right to health. Health is a social right that is the responsibility of the State and should be made available to all people. The birth of an unborn child is conditioned to a healthy gestation. The Brazilian legal system presents in several legal instruments, the regulation of the right to be born healthy, as well as declaring the State and the family as responsible. The parents are natural responsible for guaranteeing this right, yet in certain circumstances the Public Prosecutor's Office should perform this function, making use of the attributions granted by the State.

KEYWORDS: Law, Public Prosecution, Birth, Health, Guardianship.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal representa a valorização do ser humano como centro do ordenamento jurídico. E o faz com fundamento no direito à dignidade, para que os bens jurídicos de ordem existenciais da pessoa natural sejam protegidos com prioridade.

Ao inserir a dignidade humana no vértice dos princípios fundamentais da Constituição, o legislador constituinte quis deixar clara a importância e responsabilidade

que o Estado e a sociedade tem na promoção do desenvolvimento da personalidade dos seus cidadãos.

Para tanto, também concedeu direitos considerados fundamentais para a existência digna das pessoas, como à vida e à saúde de todos, sem fazer qualquer distinção. E para proteger tais direitos indispensáveis ao ser humano, também atribuiu garantias e competências ao Ministério Público, para que assim este pudesse fazer acionar o Estado e fiscalizar a efetividade dos direitos fundamentais.

O objetivo do presente capítulo é apresentar o direito de nascer saudável como um direito fundamental do ser humano, bem como demonstrar que o Ministério Público é o ente competente para proteger o referido direito em face dos interesses do nascituro. Para atender o referido objetivo foi utilizada a metodologia de revisão de literatura.

Nesse sentido, será analisada a dimensão constitucional do direito à vida e à saúde do nascituro; na sequência a abordagem se limitará a discutir as atribuições do Ministério Público com vistas à proteção dos incapazes na legislação civilista; o estudo também pretende alcançar a esfera penal e apresentar os instrumentos que estão à disposição do Ministério Público para a proteção do direito de nascer saudável; e por fim, tem-se a intenção expor que o Estatuto da Criança e do Adolescente complementa a interpretação sistemática de que o direito de nascer saudável está implicitamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

1. A dimensão constitucional do direito à vida e à saúde do nascituro

O Estado e o direito têm uma relação muito estreita. A organização do Estado é realizada por intermédio do direito. A concretização dessa organização é representada pela Constituição, considerada a lei fundamental e suprema de um Estado, pois é nela que se encontram as disposições correspondentes à organização dos elementos constitutivos do Estado.

Nas palavras de Fachin (2006), a Constituição é compreendida como o documento normativo fundamental do Estado e da sociedade, porque contém normas referentes à estrutura do Estado, ou seja, a sua forma, bem como o modo de governo, aquisição e exercício do poder, estabelecimento de órgãos do poder, direitos fundamentais e garantias essenciais dos cidadãos, além de tratar da distribuição de competências.

Não é incomum encontrar na literatura autores que se utilizam indiscriminadamente dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, como é o caso de

Moraes (2010) que emprega as referidas expressões como sinônimas. Entretanto, esta é a corrente minoritária. Para tanto, há quem defenda que as expressões não são sinonímias. Na verdade, essa confusão entre as expressões é justificável, pois os direitos fundamentais e direitos humanos são direitos atribuídos à humanidade de modo universal, como se vê, existe semelhança em seus conteúdos.

Lima (2009) esclarece que os direitos humanos e os direitos fundamentais são conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo, onde a primeira é objeto de tratados internacionais e a segunda trata de direitos básicos que passam a ser reconhecidos pelas Constituições dos Estados e conferidos aos seus cidadãos.

Ainda, faz-se oportuno a referência a uma outra classificação, esta quanto aos direitos fundamentais, que apresenta como espécie os direitos da personalidade. Estes, por sua vez, tem embasamento legal com fulcro no artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. E conforme ensina Kant (2002) a dignidade não pode ser destacada, pelo contrário, ela é inerente à pessoa e, sendo a mesma (igual) em todas as pessoas, a dignidade se torna fundamento para os direitos da personalidade.

Nesse sentido, é fácil identificar que muitos direitos fundamentais disciplinados na Constituição, também são direitos da personalidade, contudo, como este é espécie do primeiro, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.

De todos os direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição, e que também recebem a denominação de direitos da personalidade por serem inerentes a qualidade de pessoa, o direito à vida tem o mérito de ser o mais importante, pois ele representa o começo de tudo, sem a vida, sem que este direito seja resguardado, não existe razão de ser, não existe para quem criar o Estado e a Constituição, na verdade, não existiria quem criasse o Estado e a Constituição.

Assim, o direito à vida é o direito irradiador de todos os demais direitos, o que justifica a sua proteção como fundamental na Constituição. Oportuno registrar que, a proteção do direito à vida, per si, não é autossuficiente, logo, faz-se indispensável a proteção de outros direitos para a manutenção da vida, como a igualdade, a liberdade, a segurança, que estão descritos no artigo 5.º da Constituição Federal.

Deve-se observar que o artigo 5.º da Constituição Federal é muito claro quando afirma que todos são iguais perante a lei, sem fazer nenhuma espécie de distinção e, como iguais, as suas vidas devem ser protegidas pelo Estado da mesma forma. A igualdade é essencial para que todos tenham as suas vidas salvaguardadas pelo

Estado. A igualdade impede que o Estado faça a divisão dos seres humanos em classes.

É nesse contexto de igualdade e de proteção igual a vida de todos os seres humanos que o nascituro deve ser inserido como sujeito de direito para que igualmente a sua vida intrauterina seja protegida da mesma forma que são as pessoas já nascidas. Pois se a Constituição não faz qualquer distinção aos seres humanos, com certeza a tutela do Estado deve se estender para a proteção da vida do nascituro.

E como afirmado anteriormente, o direito à vida não é autossuficiente, o que se justifica a proteção de outros direitos para a manutenção da vida, como por exemplo o direito à saúde.

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, e está definido no artigo 6.º da Constituição Federal como direito social, ou seja, um direito de todos. Humenhuk (2016) apresenta um conceito bastante abrangente e necessário sobre a saúde. De acordo com o autor, para a formulação do conceito de saúde deve-se levar em consideração a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico.

O direito à saúde também está esculpido no artigo 196 da Constituição Federal, onde claramente é atribuído como um direito de todos e um dever do Estado. O dispositivo legal, ainda, faz referência a obrigação do Estado, mediante políticas sociais e econômicas, reduzir os riscos de doenças e de outros agravos e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Mais uma vez a igualdade aparece com intuito de demonstrar que o acesso ao direito à saúde deve ser oportunizado a todos.

É de conhecimento geral que a fase referente a vida intrauterina inspira cuidados, o que justifica o acesso ao direito à saúde também ao nascituro. No sentido de tornar eficaz o direito à saúde para o nascituro, o Estado passou a oferecer o Pré-natal nas redes públicas como componente do Programa Nacional de Humanização no Pré-natal e Nascimento, por meio da Portaria/GM nº 569, de 1/6/2000 (BRASIL, 2002b). Portanto, a proteção do direito de nascer saudável dependem desta e outras ações implementadas pelo Estado com o intuito de fortalecer o pré-natal, como por exemplo: a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (BRASIL, 2004a); a Agenda de Compromisso para a Saúde Integral da Criança e Redução da Mortalidade Infantil (BRASIL, 2004b); a Rede Cegonha (BRASIL, 2013a); e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (BRASIL, 2015a).

A Constituição reconhece a necessidade de se assegurar o direito à saúde como um direito de todos e obrigação do Estado, tanto que no próprio artigo 197 faz alusão a relevância pública das ações e serviços de saúde, que determina ao Estado o encargo de regulamentar, fiscalizar e fazer o controle, no sentido de oferecer serviços de qualidade a todos.

Nada impede que as ações e serviços de saúde sejam executados por pessoas jurídicas de direito privado, pelo contrário, a redação do dispositivo legal abarca tal possibilidade, entretanto, a regulamentação, fiscalização e controle devem ser desempenhados pelo Poder Público, uma vez que, como já mencionado, e previsto no artigo 196 da Constituição Federal, o direito à saúde é um dever do Estado.

Sendo a saúde um direito social, difuso e coletivo, e pelo fato de a Constituição considerá-la um serviço de relevância pública (Art. 197 - BRASIL, 1988), também a Constituição, em seu artigo 129, inciso II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo respeito e a garantia de uma adequada prestação dos serviços públicos e privados de saúde, bem como o inciso III do mesmo dispositivo constitucional encarrega o Ministério Público de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do direito à saúde.

A Constituição confere ao Ministério Público o munus público, ou seja, o encargo de, nas palavras de Mazzilli (2004), combater o crime, a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a defesa do patrimônio público e social. O referida atribuição está prevista no artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece os parâmetros da atuação do Ministério Público, tanto no âmbito judicial como extrajudicial, sempre balizada em virtude dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

O mesmo autor esclarece, ainda, que a atuação do Ministério Público é sempre casual, que significa dizer, depende dos interesses envolvidos no caso concreto, e aponta como ilustração: a indisponibilidade de um interesse ligado a uma pessoa incapaz; ou, a presença de uma questão de larga abrangência social, como os interesses transindividuais.

Considerando o primeiro exemplo, indisponibilidade de um interesse ligado a uma pessoa incapaz, certamente a Constituição atribui ao Ministério Público legitimidade para atuar em defesa dos direitos do nascituro, pessoa em formação, que devido sua condição de vulnerabilidade não pode atuar pessoalmente para o exercício de seus direitos.

Hamacher (2016) explica que o comando constitucional atribui ao Ministério Pú-

blico a defesa dos direitos individuais indisponíveis, dentre os quais o direito à saúde, e deve ser interpretado de modo que o Ministério Público possa utilizar os instrumentos à sua disposição para a defesa destes interesses (ações coletivas que produzirão reflexo nos direitos individuais, atuação judicial como custos legis, atuação administrativa etc).

Inclusive, Norte (2015) garante que o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com demanda judicial visando interesse individual indisponível, e que a referida legitimada se estende, também, para o ajuizamento da ação civil pública, conforme já se pronunciaram os Tribunais brasileiros.

E quanto ao segundo exemplo, presença de uma questão de larga abrangência social, relacionada aos interesses transindividuais, com fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, como é o caso do direito à saúde, reconhecido como direito transindividual, individual e difuso, conforme ensina Sarlet (2015).

De acordo com a Lei 7.347/85 (BRASIL, 1985), a ação civil pública é a medida judicial destinada à defesa dos interesses transindividuais, compreendendo estes os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, contudo, em face do artigo 127 “caput” da Constituição Federal, os interesses individuais, quando indisponíveis, também deverão ser protegidos pelo Ministério Público, assim também podendo ser objeto de ação civil pública a saúde quando de interesse individual, essa é a interpretação do artigo 25, inciso IV, alínea “a” da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993 - BRASIL, 1993).

Observa-se que a Constituição aparelhou o Ministério Público para garantir que as pessoas tenham efetivamente acesso aos seus direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde. E mesmo quando se trata de interesse individual indisponível, o Ministério Público tem legitimidade, por intermédio de ação civil pública ou de outro mecanismo judicial e também extrajudicial, para propiciar ao lesado o exercício do seu direito.

A Constituição Federal protege, inclusive, a incolumidade corporal do nascituro ao fazer previsão no artigo 5.º, inciso III, que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante. A Constituição não exclui da proteção qualquer ser humano, de modo que também o nascituro merece tal resguardo.

O artigo 5.º, inciso III, da Constituição Federal ao fazer referência a proibição da tortura ou a tratamento desumano ou degradante, tem aplicabilidade para o nascituro para impedir a prática de aborto. A violência dos métodos utilizados para o cometimento do crime, quando eficaz, resulta na morte do nascituro. Porém,

quando a violência é ineficaz, embora não cause a morte, pode ocasionar a lesão a integridade psicofísica do nascituro.

Nessas condições, o nascituro ao nascer com vida, teve seu direito à vida efetivado, porém, a interferência na sua incolumidade psicofísica, sem dúvida, lhe retirou o direito de nascer saudável, diante das lesões que ocasionaram a malformação congênita.

Portanto, como se tem demonstrado até o momento, a Constituição Federal, lei suprema e principal de um Estado, de forma ampla, confere direitos fundamentais e/ou da personalidade a todas as pessoas, de modo igual, sem fazer qualquer espécie de diferenciação, por tal motivo, não se faz necessário que a legislação constitucional faça menção específica ao nascituro, pois este está incluído na expressão “todas as pessoas” ou “todos os seres humanos”, recebendo, assim, proteção igual.

2. A tutela pelo ministério público do direito de nascer saudável

A Constituição, conforme se observou anteriormente, é a lei mais importante do sistema jurídico de um Estado. Na literatura, ela é denominada de lei base, justamente, por ser o fundamento do Estado. Também é classificada como lei principal, uma vez que ela é superior hierarquicamente a todas as demais normas infraconstitucionais. E ainda, recebe a alcunha de lei nuclear, haja vista que todas as demais normas devem estar em torno, em harmonia, com a Constituição.

De acordo com Fachin (2006) um dos traços característicos da Constituição vigente é a multidisciplinariedade, pois ampliou sua atuação ao regulamentar matérias relativas a vários campos do Direito. Contudo, ao fazê-lo teve a intenção de firmar os valores constitucionais relativos àquelas matérias para que as leis infraconstitucionais fossem redigidas e interpretadas de acordo com a Constituição.

Assim, as leis infraconstitucionais que já estavam em vigor quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, e as leis infraconstitucionais, que posteriormente a esta foram publicadas, devem regulamentar os conteúdos sempre em consonância com os valores constitucionais. Portanto, a interpretação das demais leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro devem considerar a pessoa em primeiro lugar, pois este foi o valor primeiro protegido pela Constituição quando inseriu em seu texto a dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico brasileiro existem vários documentos legislativos regulamentando os direitos do nascituro, ao iniciar pelo artigo 2.º do Código Civil, o qual garante os direitos do nascituro desde a concepção. Embora se tenha conhe-

cimento da existência de teorias contrárias ao reconhecer a personalidade jurídica do nascituro, como é o caso da teoria natalista e da personalidade condicional, basta uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para se concluir que o nascituro é um ser humano dotado de personalidade jurídica desde a concepção, como fundamenta a teoria concepcionista.

O artigo 1.º do Código Civil (BRASIL, 2002a) é taxativo, ou seja, todas as pessoas tem capacidade para aquisição de direito - trata-se da capacidade de direito, portanto, inclusive o nascituro tem capacidade de direito por ter personalidade jurídica. O que o nascituro não tem é a capacidade de exercício de direito, da mesma forma que não tem as crianças e adolescentes antes de completar 18 anos ou de serem emancipados. Aqui é possível definir outra premissa: toda pessoa tem personalidade jurídica e capacidade de direito. A capacidade de exercício de direito dependerá da observância de requisitos apontados pela legislação, como a idade, a saúde e o discernimento da pessoa.

Ainda sobre a personalidade jurídica do nascituro, o Código Civil, no artigo 1.779, resolve todas as dúvidas, pois positivamente reconhece o nascituro como pessoa quando determina que lhe seja nomeado um curador especial para cuidar dos seus interesses (direitos), quando lhe faltar o pai, e a genitora estiver destituída do poder familiar.

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que o poder familiar é um instituto de titularidade dos pais (pai e mãe), que os dois exercem em igualdade de condições sobre os filhos menores e não emancipados. Logo, nos casos em que os pais não tem poder familiar, porque perderam por algum motivo ou já não estão mais vivos, aos filhos já nascidos deve ser nomeado um tutor ou colocados em família substituta.

Entretanto, o dispositivo está direcionado ao nascituro, que de acordo com a redação da norma, mesmo que aquele ainda não tenha nascido já está sob o poder familiar dos pais, e caso o pai não esteja vivo, e falte o poder familiar à mãe, ao nascituro será nomeado um curador especial. Ou seja, o dispositivo em tela compara o nascituro (filho ainda não nascido) com os filhos já nascidos, conferindo nas duas situações a nomeação de um adulto para cuidar dos seus interesses. Como duvidar que o nascituro não é pessoa? Diante de todas as normas aqui apresentadas, torna-se impossível levantar afirmações contrárias a esta posição.

O artigo 1.779 do Código Civil fecha a conclusão de que o nascituro deve ser comparado a uma criança, que em razão da condição de vulnerabilidade e falta

de discernimento deve ser tratado como uma pessoa absolutamente incapaz, conforme previsto no artigo 3.º do Código Civil, e para tanto, os pais tem sobre ela a responsabilidade de proteger os seus interesses, e na falta deles, ou quando forem destituídos de poder familiar, ou ainda, lhe faltarem capacidade, deverá ser nomeado curador especial para atuar em defesa da proteção do nascituro. O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com o pedido de nomeação de curador especial.

Na mesma linha de pensamento, o Código Civil continua em outros dispositivos legais a reconhecer a personalidade jurídica do nascituro e o compara a uma criança, é o exemplo extraído do artigo 1.611, parágrafo único, que permite aos progenitores fazerem o reconhecimento de filiação durante a fase gestacional do feto. Outro exemplo está descrito no artigo 542 que reconhece como válida a doação de bens feita para o nascituro. E os artigos 1.798, 1.799 e 1.800 que asseguram o direito de herança ao nascituro, nas modalidades de sucessão legítima e testamentária.

Os dispositivos ora citados fazem referência ao direito material do nascituro, que pode ser classificado como direito fundamental e/ou da personalidade. Ou seja, a legislação garante os referidos direitos, mas a efetividade de tais direitos em favor do nascituro dependem da atuação do Ministério Público.

Sobre a atuação do Ministério Público, preliminarmente, vale dizer que o artigo 178, inciso II, do Código de Processo Civil determina que este deve intervir como fiscal da ordem jurídica nos processos sempre que envolvam interesses de incapazes. Ora, conforme demonstrado acima, a legislação civilista relaciona diversos artigos onde o nascituro é comparado a uma pessoa incapaz. Portanto, independentemente de quem ingressou com a ação, se o conteúdo desta disser respeito aos interesses do nascituro, o Ministério Público deverá ser intimado para acompanhar o processo como fiscal.

Contudo, nem sempre o Ministério Público terá legitimidade para ingressar com a ação para defesa dos direitos do nascituro. O artigo 747 do Código de Processo Civil relaciona o Ministério Público entre outras pessoas que tem legitimidade para promover a curatela. No entanto, a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação de nomeação de curatela só poderá ser exercida quando nenhuma das outras pessoas ali arroladas não existirem, ou existindo são incapazes ou não ajuizarem a ação, conforme disciplina o artigo 748 do Código de Processo Civil.

Trazendo a legislação processual para a hipótese do nascituro necessitar de curador especial, o próprio artigo 1.779 do Código Civil já informa que a nomeação do

curador será necessário quando não existir o pai e a mãe for destituída do poder familiar. Observa-se, que nesse caso, restou apenas o Ministério Público para promover a ação de nomeação do curador especial para o nascituro.

Hamacher (2016) afirma que há uma diferença entre a previsão constitucional de atribuição do dever de defesa destes direitos, conforme já foi referido, e a atribuição de legitimação processual para a defesa destes direitos, por lei ordinária de cunho processual, em situações específicas. O que o autor quer dizer, é que não é suficiente a previsão constitucional incumbindo ao Ministério Público a defesa de direitos individuais indisponíveis como está disposto no artigo 129 da Constituição Federal. A referida previsão assegura a intervenção do Ministério Público, como fiscal, nos processos envolvendo os direitos indisponíveis, bem como de pessoas incapazes.

Seria então, necessário, a previsão expressa, em lei infraconstitucional, para que o Ministério Público tenha legitimidade para o ajuizamento de ação judicial na defesa dos direitos individuais indisponíveis e de direitos de incapazes, da mesma forma que o Código de Processo Civil estabeleceu nos artigos 747 e 748, de forma expressa o dever do Ministério Público ingressar com ação de nomeação de curatela em favor do nascituro.

Hamacher (2016) faz ainda mais uma consideração, se de fato o texto constitucional tivesse atribuído legitimidade processual ao Ministério Público para a defesa de qualquer direito individual indisponível, este teria que passar a ajuizar ações de indenização em favor de menores e incapazes - o que a priori não é possível, e não apenas atuar como custos legis (fiscal) nestas ações.

Assim, vale fazer referência a importância da Lei de Transplantes, de n.º 9.434/97 (BRASIL, 1997) para reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro. O diploma legal é de imensa relevância para demonstrar o expresse reconhecimento do direito do nascituro à saúde pelo ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 9º, § 7º, da Lei, proíbe que a gestante venha a dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

De fato, a presente legislação deixa estampada a preocupação com a tutela do direito à saúde do nascituro. A redação é significativa justamente porque ao assegurar a proteção do direito à saúde do feto, confere a ele a personalidade jurídica, lhe retirando a retrógrada concepção de coisa e, conseqüentemente, lhe reconhecendo a qualidade de pessoa.

Seguindo nessa linha de raciocínio, o Código Civil faz previsão do direito a integridade física. O artigo 13 da legislação civilista dispõe sobre a proibição do ato de disposição do corpo humano, quando importar diminuição permanente da integridade física. O comando do dispositivo legal tem por finalidade a proteção do direito ao próprio corpo ou direito sobre o corpo.

A Constituição Federal embora não faça menção expressa ao direito ao próprio corpo, traz em seus dispositivos a tutela ao direito à vida, à integridade física e moral, a vedação a tortura ou tratamento desumano ou degradante, sendo que todos tem por objetivo a proteção do corpo vivo. Mas como já afirmado, a Constituição apenas consignou os valores mais importantes, sem esgotar as matérias ali regulamentadas. Essa tarefa permaneceu com as leis infraconstitucionais. E o Código Civil, mesmo que timidamente, regrou o direito ao próprio corpo também nos artigos 14 e 15.

Voltando ao artigo 13 do Código Civil, a presente legislação deve ser aplicada também para a proteção da integridade física do nascituro. Amaral (2006) define o corpo humano como um bem jurídico, classificação esta que abrange o corpo humano nascido e o concebido. Conforme já relatado, a prática dos atos executório para o abortamento pode acarretar na morte do feto, mas por vezes se observa que a execução mal sucedida implica em lesões permanentes denominadas de malformação, o que inviabiliza o direito do nascituro nascer saudável.

França (1988) ao fazer a classificação dos direitos da personalidade, insere os alimentos como decorrentes da integridade física, indispensáveis para a manutenção da vida e da saúde das pessoas. O Código Civil, nos artigos 1.694 a 1.710 faz as disposições normativas sobre o direito aos alimentos como direito patrimonial - sim, está correto e não há qualquer confusão, na verdade, o conteúdo dos direitos aos alimentos são patrimoniais, mas a finalidade é de direito da personalidade para proteção dos direitos à vida e à saúde.

Na verdade, a regulação definida pelo Código Civil já seria suficiente para tutelar o direito alimentar do nascituro, bastaria apenas uma interpretação sistemática do referido diploma legislativo e da lei constitucional. Contudo, a legislação especial teve como objetivo facilitar a aplicação do direito, uma vez que é direcionada para a manutenção da vida intrauterina com a finalidade de garantir a vida extrauterina.

Assim, a Lei n.º 11.804, de 2008 (BRASIL, 2008), regulou expressamente os alimentos gravídicos, prevendo o direito ao recebimento de valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes,

da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Caldeira (2010) explica que pela redação da Lei n.º 11.804/2008, a gestante recebe alimentos gravídicos desde a concepção, o que leva a crer que a concessão do direito depende da existência do nascituro, para quem os benefícios do direito recebido serão convertidos. Ou seja, embora o texto da lei não tenha destinado diretamente os alimentos para o nascituro, sabe-se que ele é a verdadeira razão para a existência da lei, pois, caso contrário, não haveria gestante.

O Ministério Público tem legitimidade para promover as ações alimentícias em favor da criança e do adolescente, conforme se extrai do artigo 201, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (2014), havia divergência quanto a interpretação do mencionado dispositivo, onde o outro entendimento limitava a atuação do Ministério Público apenas para acompanhar as ações alimentícias envolvendo criança e adolescentes. Contudo, o citado Tribunal concluiu que o Ministério Público tem legitimidade, independentemente, do exercício do poder familiar pelos pais.

Quanto aos alimentos gravídicos, não existe norma específica atribuindo legitimidade para o Ministério Público. Contudo, mais uma vez, é possível se valer da interpretação sistemática e aplicar o artigo 201, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990c) bem como o artigo 2.º, § 4.º da Lei de Investigação de Paternidade (Lei n.º Lei 8.560/1992 - BRASIL, 1992), onde está expressa a legitimidade do Ministério Público para essas ações, estendendo, também, para este promover as ações de alimentos gravídicos.

Por fim, como órgão interveniente, preconizam os artigos 177 e 178 do Código de Processo Civil, como já referido acima, que o Ministério Público deverá acompanhar, como fiscal da lei, as causas em que se manifestar o interesse público. Atuará de tal maneira em decorrência da qualidade especial assumida por uma das partes, ou em decorrência da natureza da lide. Para tanto, o Ministério Público emite pareceres em processos judiciais e participa de sessões de julgamento no âmbito da Justiça. Por isso, múltiplos são os casos de intervenções previstas no Código de Processo Civil - causas em que há interesses de incapazes; causas concernentes ao estado da pessoa, alimentos, poder familiar, tutela, curatela, interdição, defesa do consumidor, entre outros.

3. A tutela do nascituro no direito penal

Na esfera do Direito Penal também são encontradas normas com o objetivo de proteger à vida e à saúde do nascituro. O Código Penal (BRASIL, 1940) prevê alguns crimes atentatórios a vida e a saúde do nascituro, quais sejam: aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigo 124); aborto provocado por terceiro (artigo 125); aborto consentido pela gestante (artigo 126); e aborto qualificado (artigo 127). Para todos esses crimes o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação penal pública incondicionada com a finalidade de punir os responsáveis pela conduta.

Mirabete (2008) explica que aborto, de acordo com o Código Penal (BRASIL 1940), é a interrupção da gravidez com a morte do nascituro, sendo irrelevante a fase da vida intrauterina, ou seja, considera-se aborto a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) e feto (após três meses). Ou seja, em qualquer período da gestação, a interrupção da gravidez resulta em aborto. Bitencourt (2010) também defende o entendimento que a lei penal tutela a vida intrauterina desde a concepção até o parto. Para a configuração do crime não é necessário a expulsão do corpo do nascituro após o aborto.

Resta esclarecido que a legislação penal tutela o direito à vida do nascituro, e o considera sujeito de direito desde a concepção, sem condicionar a sua existência a uma determinada fase ou mesmo ao nascimento com vida. A vida intrauterina, ou melhor, o ser humano em formação, é o objeto jurídico protegido pelo Estado. O crime de aborto estará configurado sempre que a interrupção da gravidez for provocada, sem a necessidade do corpo ser expelido para fora do ventre.

O aborto pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive pela própria gestante, para tanto é considerado crime comum. A legislação denomina o agente criminoso como sujeito ativo. E de acordo com Prado (2011), o sujeito passivo, ou seja, a vítima do crime é o nascituro - ser humano em formação (o titular do bem jurídico vida). E para a configuração do crime, Capez (2010) afirma que apenas se admite o dolo, que significa a intenção em provocar a conduta lesiva. Logo, quando da ocorrência de aborto espontâneo, em virtude da inexistência de dolo, não há crime.

De acordo com Jesus (2010) o crime de aborto possibilita a forma tentada, que significa que o sujeito ativo se utiliza dos instrumentos idôneos para o cometimento do crime, porém, por circunstâncias alheias a sua vontade o crime não se consuma, o que denota que o feto permanece vivo. No entanto, o Código Penal não fez previsão dessa modalidade de crime, logo não existe punição para a tentativa de

aborto. Contudo, vale registrar, mais uma vez, ser comum a malformação congênita ser a consequência da tentativa de aborto mal sucedida. Embora a tentativa não configure o crime, ela pode acarretar em ofensa a integridade física do nascituro.

Em se tratando das modalidades de aborto, no artigo 124, primeira parte, do Código Penal, está definida a modalidade nominada de auto aborto, quando a própria gestante emprega meios ou manobras abortivas em si mesma para conseguir o resultado morte do nascituro. No mesmo dispositivo, na segunda parte, e no artigo 126 do Código Penal, o legislador faz referência ao aborto consentido. O crime de aborto também estará configurado quando a gestante permitir que outra pessoa pratique os atos necessários para interrupção da gravidez. Então, para a ocorrência do crime é necessário o consentimento da gestante. Quando o delito de aborto é cometido com consentimento da gestante, ela irá responder com base no artigo 124, segunda parte, e o terceiro pelo artigo 126.

A outra modalidade de aborto vem descrita no artigo 125 do Código Penal, e de acordo com Capez (2010) esta forma é mais grave, pois falta o consentimento da gestante. O crime é praticado por terceiro, ou seja, por outra pessoa que não a genitora. Além da ausência do consentimento, serão dois sujeitos passivos, pois as vítimas serão: gestante e nascituro.

O artigo 127 do Código Penal (BRASIL, 1940) faz referência ao aborto qualificado, o qual restará configurado quando da prática do crime resultar em lesão corporal ou mesmo morte da gestante, independente se ela tenha ou não consentido com a realização da conduta. Nesses casos as penas são aumentadas para um terço no primeiro caso e duplicada havendo o falecimento da genitora.

Para todos os crimes de aborto ora estudados o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com a ação penal pública incondicionada contra os agentes criminosos. Trata-se na verdade de uma das atribuições prevista no artigo 129, inciso I da Constituição Federal. A legitimidade propriamente dita para apresentar a denúncia está prevista no artigo 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Quando o crime for de ação pública incondicionada o Ministério Público tem obrigação de apresentar a denúncia, conforme o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, sempre que no caso se observar os requisitos exigidos. Ainda o Código Processual Penal (BRASIL, 1941), em seu artigo 27, dispõe que qualquer pessoa do povo pode provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação penal pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato, materialidade e a autoria, bem como a indicação do tempo, do lugar e dos elementos de convicção.

Depois de oferecida a denúncia, com base no princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não pode desistir da ação. O referido princípio está expresso no artigo 42 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). A desistência prevalece, inclusive, na fase recursal, é o que estabelece o artigo 576 do referido Código.

Além das modalidades de abortos criminosos, existe o aborto necessário disciplinado pelo artigo 128, inciso I, do Código Penal, o qual não será punido quando praticado por médico com o objetivo de salvar a vida da gestante se não existir outro meio de fazê-lo. Bitencourt (2010) ensina que são necessários os seguintes requisitos para afastar a punição do profissional que realiza a interrupção da gravidez: o perigo de vida da gestante; e a inexistência de outro meio para salvá-la.

Diante dessa situação, em que se apresenta um conflito entre dois bens jurídicos tutelados pelo Estado, quais sejam, a vida da gestante e a vida do nascituro, o legislador optou pela proteção da vida da mãe. A razão está calcada em escolher em o ser humano já formado e o ser humano em formação. E entre os dois, o Estado elegeu a certeza, ou melhor, salvar a vida extrauterina.

O artigo 128, inciso II, do Código Penal (BRASIL, 1940) disciplina o aborto sentimental, que segundo Prado (2011) é praticado pelo médico no caso de gravidez resultante de estupro. Para tanto, faz-se necessário o consentimento da gestante ou do representante legal se aquela for incapaz. O autor ainda esclarece, que a justificativa para a interrupção da gravidez nesses termos, é que o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. Logo, nesses casos será afastada a culpabilidade da interrupção da gravidez.

Portanto, de acordo com a legislação penal o crime de aborto não será punido quando nos casos do aborto necessário e do aborto sentimental, desde que comprovados os elementos para sua configuração. E quanto a interrupção da gestação de feto anencéfalo, não há crime, uma vez que o objeto jurídico protegido pelo Estado no crime de aborto é a vida, e o feto anencéfalo não tem potencial de vida após o nascimento.

4. A proteção integral do direito de nascer saudável

A Constituição Federal de 1988 operou mudanças significativas e estruturais em vários ramos do direito, isso se deve porque o referido diploma legal fez constar logo no artigo 1.º os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, os quais são considerados esteios de sustentação do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os princípios ali relacionados, vale citar o princípio da dignidade, deno-

minado de macroprincípio, sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade (CUNHA PEREIRA, 2005).

O princípio da dignidade colocou a pessoa no centro do ordenamento, atribuindo a importância que merece, a razão da existência do Estado e do Direito. Os resultados dessa personalização são encontrados no próprio texto constitucional, que são normas sempre voltadas para atender os interesses e direitos fundamentais do ser humano. Dentre estas normas, oportuno destacar o artigo 227, que dispõe sobre a proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes com absoluta prioridade. Observa-se que no artigo 5.º da Constituição Federal, o legislador já havia consignado os direitos fundamentais de todas as pessoas, o que se presume a inclusão das crianças e adolescentes. Mas, novamente, agora em dispositivo específico, repetiu direitos fundamentais, especiais, assegurando-os com prioridade absoluta em favor das crianças e dos adolescentes.

A justificativa para a previsão de direitos fundamentais especiais para crianças e adolescentes está no fato de faltarem a estes a capacidade cognitiva própria dos adultos, e, por isso, o Estado os atribui a dupla proteção, combinando direitos fundamentais e específicos. Como já se afirmou, esse novo posicionamento de atenção a pessoa teve como reação a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990c) que revogou o antigo Código de Menores (Lei n.º 6.697/79).

O Código de Menores (BRASIL, 1979) estava fundamentado na doutrina da situação irregular, pois somente era aplicado para crianças e adolescentes que se encontravam em situações inadequadas, em razão de terem violado normas sociais ou por não terem suas necessidades básicas atendidas. Conforme Souza, Teixeira e Silva (2003) o revogado Código tratava as crianças como seres incapazes, não sujeitos de direitos e deveres, enquanto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990c) atribuem dupla proteção de direitos fundamentais.

Desta maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, em seus artigos 3.º e 4.º, seguindo as diretrizes constitucionais, mas também se observa que as referidas normas estão consubstanciadas na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), ratificada no Brasil em 1990.

Os artigos 3.º e 4.º do Estatuto apresentam três princípios de acordo com o Vercelone (2003): as crianças e adolescente são titulares de todos os direitos fun-

damentais assegurados a toda pessoa humana; eles tem direito a proteção integral; a eles são garantidos todos os instrumentos indispensável para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

Quanto a gozarem de todos os direitos fundamentais que são atribuídos a toda pessoa humana, não há dúvidas, pois não se questiona a atribuição de personalidade jurídica as crianças e aos adolescentes.

Já, no que diz respeito ao princípio da proteção integral, faz-se necessário compreender sua extensão. Na verdade, a integralidade nada mais é do que o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, também, os direitos especiais decorrentes da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento (CUSTÓDIO, 2008).

E para garantir a efetividade de todos os direitos firmados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990c) são oportunizados instrumentos de acesso à Justiça.

Mas antes de tratar dos instrumentos de acesso à Justiça disciplinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é preciso dar conhecimento que a legislação em tela faz alusão a proteção dos direitos do nascituro. O que confirma que o nascituro pode ser comparado com uma criança, sujeito dos direitos fundamentais especiais disciplinados pelo Estatuto, como bem dispõe a redação do artigo 7.º, que fundamenta o direito de nascer saudável quando estabelece que criança e o adolescente tem direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio, em condições dignas de existência.

O artigo 8.º complementa o conceito do direito de nascer saudável ao assegurar a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. E ainda, no § 8º do mesmo dispositivo, está previsto que a gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

É preciso deixar claro que os artigos ora mencionados pertencem ao Estatuto da Criança e do Adolescente, e embora estejam direcionados, em parte para as gestantes e mulheres, a finalidade é propiciar uma gestação saudável para assegurar

o nascimento do filho com vida e possibilitar a sua manutenção de forma digna. O direito à vida deve ser uma preocupação imediata, para o nascituro nascer com vida, pois se o seu direito à vida e à saúde não for assegurado ainda na gestação, essa criança, possivelmente, não terá autonomia para viver de forma digna.

Voltando aos instrumentos para acesso à Justiça, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 201 prevê as matérias de competência do Ministério Público para promover ações ou para acompanhar o processo. No inciso III do artigo 201, está atribuída a legitimidade processual para que o Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude. No mesmo dispositivo legal, inciso V, cabe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais (indisponíveis), difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, previstos nos artigos 208 a 224. A respeito dos referidos direitos, para o presente estudo, serão abordados apenas os direitos relacionados a saúde, no caso o inciso VII do artigo 208 que trata sobre o acesso às ações e serviços de saúde.

Para a efetividade do inciso V do artigo 201, Mazzilli (2016) faz uma argumentação interessante e necessária. O autor explica que para a defesa individual da criança e do adolescente, por meio de ação civil pública, é preciso que se trate de direitos indisponíveis, cuja defesa convenha à coletividade como um todo, única forma de conciliar a exigência do Estatuto com a destinação constitucional do Ministério Público (artigo 127, caput, da Constituição Federal). Desse modo, o Ministério Público terá competência, por exemplo, para assegurar vaga em escola, tanto para uma criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas.

Seguindo esse mesmo raciocínio, o Ministério Público também tem legitimidade processual para ingressar com ação civil pública para que uma ou mais crianças tenham acesso às ações e serviços de saúde. E ainda, considerando que o próprio Estatuto assegura o direito de nascer saudável ao nascituro, em defesa desse direito individual e indisponível, tem competência, também, para se utilizar da referida medida judicial.

Conclui-se que o Ministério Público é figura indispensável para tornar efetivos os direitos indisponíveis da criança e do adolescente, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, de modo geral. Contudo, a referida indispensabilidade deve ser estendida para o nascituro, no sentido de assegurar, preventivamente, que este

venha a nascer saudável, e possa usufruir dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

5. Estudo de caso: A intervenção Ministério Público Estadual no Maranhão

Ao Ministério Público é atribuída a função essencial à Justiça. Tanto é assim, que o legislador constituinte cuidou de tratá-lo e defini-lo em capítulo próprio, no Capítulo 4 - “Das Funções Essenciais à Justiça”, na Constituição da República de 1988. Segundo Motta e Barchet (2007, p. 765), a Constituição Federal em vigor relaciona quatro funções essenciais à Justiça: O Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Advocacia (liberal, particular) e a Defensoria Pública. São instituições e atividades que, gravitando ao redor do Poder Judiciário, se tornam indispensáveis ao seu funcionamento. A estas instituições coube a função de movimentar a máquina judicial, dando impulso às demandas decorrentes dos conflitos existentes entre cidadãos e destes com o Estado.

Tratou o texto constitucional de 1988, em seu artigo 127, de definir o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, dentro destes, os interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico e paisagístico; pessoa com deficiência; criança e adolescente, comunidades indígenas e minorias étnico-sociais).

Por estas características, o Ministério Público destaca-se como grande responsável na fiscalização da lei, ocupando a posição da defesa da sociedade contra possíveis abusos do próprio Estado como também de particulares. Neste entendimento, ensina Silva (2008, p. 597), que o Ministério Público ocupa cada vez mais lugar de destaque na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos.

Apesar de órgão do Estado, que integra a máquina Estatal, dentro de suas funções constitucionais atribuídas, representa, ainda, o Ministério Público a busca pela Justiça, representando grande ouvidoria ao alcance dos cidadãos brasileiros. Como ensina Motta e Barchet (2007, p. 767), que veem que o Ministério Público é essencial não só à Justiça, mas à própria democracia que se quer construir; possui competência legal e instrumentos de atuação, tem independência do Executivo; tem a iniciativa que o sistema nega ao Judiciário etc. Porque assim se espera que o Ministério Público zele pelo cumprimento de suas atribuições.

Partindo destas premissas, procura-se verificar o papel desempenhado pelo Ministério Público na garantia do direito à saúde, em especial, no tocante ao dever de cuidado e proteção pelo Estado a crianças neonatos. Para tanto, destaca-se a intervenção ministerial na implementação de melhorias na execução dos serviços oferecidos pela Prefeitura Municipal da cidade de Caxias-MA, município da região leste maranhense, distante 360 km da capital do estado, através de seu hospital-maternidade Carmosina Coutinho.

Ressalta-se que no ano de 2014 algumas reportagens foram realizadas e veiculadas em canais de mídia impressa, televisiva e pela internet (Atual 7, 2014; Notícias Band, 2014) que noticiavam, respectivamente: “Desfile de 7 de Setembro em Caxias em marcado por protesto contra a ‘Maternidade da Morte’ (grifo do autor) - Só em 2014, quase 200 bebês morreram e outros 20 ficaram cegos na Maternidade Carmosina Coutinho” e “Maternidade no MA registra cinco mortes de bebês por semana -Tragédia na saúde pública. Em Caxias, no Maranhão, a cada três bebês que nascem, um morre logo depois do parto. Desde o início de 2014, já são 115 vítimas (informação veiculada em outubro daquele ano). As mães acusam a equipe médica de imperícia e negligência na única maternidade da cidade”.

Estes fatos chamaram a atenção de todos. Qual seria a razão de tantas mortes? Respondendo a este questionamento, sendo tema pertinente a este trabalho, investiga-se a atuação do Ministério Público na investigação, apuração dos fatos ocorridos bem como na busca pelas melhorias dos serviços de saúde oferecidos naquela maternidade.

Em 26 de novembro de 2014, o Ministério Público Estadual do Maranhão, através de sua unidade em Caxias, a 4ª (quarta) Promotoria de Justiça, ingressou com Ação Civil Pública contra o Município desta cidade com a finalidade de “sanar graves desconformidades” que tornaram precários os serviços de saúde ofertados pela Maternidade deste município em razão de fatos apurados em inquérito civil público e relatórios realizados pela Secretaria Estadual de Saúde e Vigilância Sanitária. A referida ação tramita, atualmente, sob a numeração 4619-42.2014.8.10.0029, sem segredo de justiça, na 4ª (quarta) Vara Cível da Comarca de Caxias-MA, unidade judicial que tem competência específica para julgamento de matérias relacionadas à infância e juventude.

Como mencionado acima, o instrumento utilizado pelo Ministério Público de Caxias-MA para o exercício de sua função no tocante aos fatos aqui relatados foi a Ação Civil Pública, que de acordo com os ensinamentos de Lisboa (1997, 496) tem

por escopo a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em geral, e objetiva a desconstituição do ato lesivo e a condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da condenação.

Quanto a natureza jurídica, isto é, sua essência, da Ação Civil Pública, Siqueira (2012, p. 301) expõe que a ação civil pública configura-se como instituto de direito processual constitucional, na medida em que é um instrumento de defesa da cidadania, que tem por finalidade implementar preceitos constitucionais, em especial o acesso à Justiça dos direitos massificados. De outra forma, a natureza jurídica da ação civil pública é de verdadeira ação de dignidade constitucional, funcionando como instrumento processual constitucional de acesso à justiça dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

No artigo 129, inciso II, da Constituição de 1988, traz previsão de que cabe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública com a finalidade de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Por sua vez, a Lei nº 7.347/1985 regulamenta a ação, prevendo em seu artigo 5º, como legitimado a interposição de ação civil pública, o Ministério Público.

Como interesses difusos, Motta e Barchet (2007, p. 779) explicam que são os interesses de natureza indivisível que dizem respeito a um número indeterminado e indeterminável de pessoas vinculadas por circunstâncias fáticas (não-jurídicas). Como interesses coletivos, destacam os mesmos autores que são os interesses de natureza indivisível titularizados por um grupo, classe ou categoria de pessoas que sejam relacionadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

A Ação Civil Pública promovida em Caxias-MA solicita ao Poder Judiciário que condene o Município de Caxias-MA em obrigação de fazer para cumprir normas sanitárias e solucione as não conformidades detectadas pela Vigilância Sanitária na Maternidade Carmosina Coutinho. Como fundamento jurídico para justificar a referida condenação e a devida utilização da Ação Civil, às folhas 15, dos autos em tramitação na 4ª Vara da Comarca de Caxias, o promotor Williams Silva de Paiva caracteriza esta demanda como tutela do direito fundamental à saúde, direito indisponível e essencial.

O argumento do servidor do Ministério Público encontra, inclusive amparo no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que posiciona-se em uma de suas decisões:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEMPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Esta corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo Regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012. (grifo inserido).

Atualmente, quase dois anos após o ingresso da referida Ação Civil Pública, somente uma audiência de conciliação fora realizada, sem comparecimento do Município, e uma decisão em antecipação de tutela fora concedida pelo juízo da 4ª Vara da Comarca de Caxias-MA, - tipo de decisão que o Judiciário emite antes de sua decisão final sobre as questões alegadas em um processo.

Referida decisão, proferida em 04 de fevereiro de 2015, acolhera os pedidos alegados na ação ministerial, condenando o Município a tomar as providências solicitadas pela Vigilância Sanitária e Relatórios técnicos da Secretaria Estadual de Saúde. Contudo, apesar da celeridade do posicionamento do Poder Judiciário referente a demanda ajuizada pelo Ministério Público, a decisão tivera seu efeito suspenso por conta de um recurso interposto pelo Município de Caxias, solicitando ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão a remessa da ação à Vara de competência dos feitos contra à Fazenda Pública, unidade que tem a competência de julgar questões relacionados ao Município.

O recurso promovido pelo Município de Caxias fora acolhido pelo Tribunal de Justiça em 09 de fevereiro de 2015. Nesta data, o desembargador relator do recurso, concedera decisão provisória, conferindo a suspensão da decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara de Caxias e redistribuição da ação à Vara da Fazenda Pública. Contudo, em 24 de agosto de 2015, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça julgou em definitivo o recurso recebido inicialmente pelo relator, julgando-lhe improcedente,

determinando que o processo voltasse a tramitar na 4ª Vara de Caxias, a Vara da Infância e da Juventude.

Apesar destas decisões, constata-se pela análise processual dos autos da ação civil pública, em tramitação, atualmente, na 4ª Vara de Caxias, que a decisão proferida, inicialmente condenando o Município a regularizar os serviços de saúde oferecidos pela Maternidade Carmosina Coutinho, voltara a ter a sua validade (obrigatoriedade) somente em 27 de julho de 2016, quando então foi emitida notificação ao prefeito Municipal de Caxias-MA para cumprimento da decisão proferida em antecipação de tutela em fevereiro de 2015. Cabe, ainda, ao Município recorrer dessa decisão.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 modificou de forma substancial o sistema jurídico brasileiro ao inserir valores relacionados ao direito à dignidade das pessoas naturais. Dentre os direitos fundamentais tutelados pelo Estado em favor da pessoa está o direito à vida. Entretanto, cabe ao Estado não apenas proteger o direito à vida, mas garanti-lo de forma digna.

O direito à vida é o principal bem jurídico de responsabilidade do Estado, haja vista que todos os outros direitos fundamentais são decorrentes dele. Contudo, para propiciar uma vida digna, deve o Estado tutelar outros direitos fundamentais, como o direito à saúde.

O conceito amplo de saúde está diretamente conectado com o bem estar. Essa é a razão pela qual se afirma a ligação entre a vida e a saúde. De acordo com o atual fundamento constitucional as pessoas não tem apenas o direito à vida, mas sim o direito de viver bem, de viver dignamente, e tornar o direito à saúde um direito eficaz pode proporcionar uma vida feliz.

A Constituição Federal prevê que o direito à vida e o direito à saúde são direitos de todas as pessoas, portanto devem ser garantidos as pessoas em formação, ou seja, em desenvolvimento intrauterino, como também as pessoas já nascidas. A referida proteção está presente em diversas legislações infraconstitucionais.

Os direitos fundamentais do nascituro são protegidos desde sua concepção, e não poderia ser diferente, embora ele esteja em uma fase de formação intrauterina, tais circunstâncias precisam ser favoráveis para garantir um nascimento com vida saudável, da onde se extrai o direito de nascer saudável.

Os pais são os responsáveis naturais para proporcionar o nascimento saudável

do futuro bebê, mas quando não é possível, tal encargo passa a ser de responsabilidade do Ministério Público, para quem na Constituição Federal foi atribuída a competência de atuar a favor dos direitos fundamentais e sociais a todas as pessoas naturais.

REFERÊNCIAS

ATUAL 7. *Desfile de 7 de Setembro em Caxias em marcado por protesto contra a “Maternidade da Morte”* - Só em 2014, quase 200 bebês morreram e outros 20 ficaram cegos na Maternidade Carmosina Coutinho. [s.l.: s.n], 2014. Disponível em: < <http://www.atual7.com/tudo-sobre/maternidade-carmosina-coutinho> >. Acesso em 02 de agosto de 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.^a ed., rev., atual. e aum.; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Lei da Ação Civil Pública*: Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Brasília: Diário Oficial da União, 1985.

_____. *Lei Orgânica do Ministério Público*: Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Brasília: Diário Oficial da União, 1993.

_____. *Lei de Transplante*: Lei federal nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Brasília: Diário Oficial da União, 1997.

_____. *Lei de Alimentos Gravídicos*: Lei federal nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Brasília: Diário Oficial da União, 2008.

_____. *Lei de Investigação de Paternidade*: Lei federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Brasília: Diário Oficial da União, 1992.

_____. *Código de Menores*: Lei federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Brasília: Diário Oficial da União, 1992.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

_____. *Código civil brasileiro*: Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

_____. *Código penal brasileiro*: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940.

_____. *Código de processo civil brasileiro*: Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Diário Oficial da União, 2015.

_____. *Código de processo penal brasileiro*: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941.

CALDEIRA, Cesar. *Alimentos gravídicos*: análise crítica da lei n. 11.804. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 27, p. 207-229, 2010

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral*: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. In: Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun., 2008.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*. 2. ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

HAMACHER, Flávio Jordão. *A atuação do ministério público na defesa do direito individual à saúde*. Disponível em: <<http://www.amp.org.br/inst/artigo/Artigo-25.doc%20ministerio%20publico%20e%20o%20direito%20a%20saude>> Acesso em: 17 março 2017.

HUMENHUK, Howerston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2>> Acesso em 17.mar.2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho agrário, locação, autor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério público. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. *O ministério público no estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br>> Acesso em: 18 março 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

NORTE, Fernanda de Figueiredo. *MP na defesa do direito individual à saúde*. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4254, 23 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31911>>. Acesso em: 17 março 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde*. In: Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12 de maio

de 2015.

SOUZA, Marilene Proença Rabello de; TEIXEIRA, Danile Caetano da Silva; SILVA; Maria Carolina Yazbek Gonçalves da. *Conselho tutelar: um novo instrumento social contra o fracasso escolar?* In: *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 71-82, 2003.

VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 6. ed. rev. atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

Artigo recebido em: 10.08.2017
Revisado em: 18.08.2017
Aprovado em: 20.09.2017