



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Bárbara Guedes Ferreira

**A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E A TUTELA PENAL DA  
SAÚDE PÚBLICA**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais orientada pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2022



Bárbara Guedes Ferreira

A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA  
MANDATORY VACCINATION AND CRIMINAL PROTECTION OF PUBLIC  
HEALTH

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de  
Mestre), na área de Especialização em Ciências  
Jurídico-Criminais, orientada pela Professora  
Doutora Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra, 2022



## **AGRADECIMENTOS**

Desde já, cumpre-me agradecer àquela que foi a minha casa mãe nestes últimos seis anos, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Casa que me acolheu e prestigiou com os mais ilustres ensinamentos.

À minha orientadora, pela disponibilidade e prontidão. Obrigada.

A todos os que me acompanharam nesta longa caminhada. Amigos. Sem a vossa presença, nada disto seria hoje possível.

À minha mãe, por ser o meu maior exemplo e fonte de todas as avassaladoras forças que me sustentam.

## **RESUMO**

A relação primacial estabelecida entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é uma realidade que não pode ser negada, nem muito menos diminuída. O ordenamento jurídico-penal encontra a sua fundamentação e legitimação na relação de referência analógica que estabelece com o ordenamento jurídico constitucional tendente à afirmação dos bens jurídico-penais que cabe ao Direito Penal proteger.

Partindo-se do reconhecimento de um dever estadual de proteção da saúde pública, este estudo pretende mostrar-se favorável à admissão da saúde pública enquanto bem jurídico coletivo e autónomo, com dignidade penal, e com capacidade para atingir o critério da necessidade da intervenção penal, justificando a incriminação das condutas contra si lesivas atendendo à função subsidiária de proteção de bens jurídicos que se reconhece ao Direito Penal e ao dever de proteção de direitos jusfundamentais constitucionalmente imposto ao legislador, tendo como último reduto a defesa da legitimidade da imposição da vacinação obrigatória.

## **PALAVRAS CHAVE**

Vacinação Obrigatória; Saúde Pública; Bem Jurídico Coletivo; Dever Estadual de Proteção; Imposições Constitucionais de Incriminação.

## **ABSTRACT**

The primordial relationship established between Criminal Law and Constitutional Law is a reality that cannot be denied, much less diminished. The criminal legal system finds its foundation and legitimation in the analogical reference relationship established with constitutional legal system, aiming for the affirmation of criminal legal assets that Criminal Law is responsible for protecting.

Starting from the recognition of a state duty to protect public health, this study intends to express in favor of the admission of public health as a collective and autonomous legal asset, with criminal dignity and the ability to reach the criterion of the need criminal intervention, justifying the incrimination of the harmful conducts against them in view of the subsidiary function of protection legal interests that is recognized in Criminal Law, and the duty to protect fundamental rights constitutionally imposed on the legislator, with the last stronghold defending the legitimacy of imposing mandatory vaccination.

## **KEY WORDS**

Mandatory Vaccination; Public Health; Collective Legal Asset; State Duty of Protection; Constitucional Impositions of Incrimination.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGS – Direção Geral da Saúde

DL – Decreto -Lei

DLG(s) – Direito(s), Liberdade(s) e Garantia(s)

DR – Diário da República

LBS – Lei de Bases da Saúde Pública

OMS – Organização Mundial da Saúde

PNV – Plano Nacional de Vacinação

SNS – Serviço Nacional de Saúde

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TR – Tribunal da Relação

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

## ÍNDICE

RESUMO .....	5
ABSTRACT .....	6
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS .....	7
INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO I .....	12
<b>DA SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO .....</b>	<b>12</b>
1. O art.64º da CRP e o direito à proteção e promoção da saúde .....	12
2. A efetivação legislativa do dever estadual de proteção da saúde pública ....	18
CAPÍTULO II.....	21
<b>DA SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO BEM JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>21</b>
1. O conceito criminológico de bem jurídico-penal: evolução e crise do modelo do direito penal do bem jurídico.....	21
1.1. A proteção (subsidiária) de bens jurídico-penais enquanto função do direito penal .....	21
1.2. A crise do modelo do bem jurídico-penal: das “sociedades de risco” à legitimidade de tutela de bens jurídico-penais coletivos .....	25
2. A admissibilidade da saúde pública enquanto bem jurídico-penal coletivo e autônomo: do “uso múltiplo” à sua concretização.....	32
2.1. O “princípio da precaução” enquanto possível resposta .....	36
CAPÍTULO III .....	41
<b>DA TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA.....</b>	<b>41</b>
1. A inserção dogmática dos ilícitos contra a saúde pública no âmbito dos crimes de perigo .....	41

2. O paradigma atual da tutela penal da saúde pública em Portugal: “do nascimento, à morte” .....	45
3. O caso concreto do crime de propagação de doença contagiosa: uma perspectiva crítica .....	53
3.1. Uma perspectiva de direito estrangeiro.....	63
CAPÍTULO IV .....	70
DA VACINAÇÃO ENQUANTO MEIO ADEQUADO À PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA.....	70
1. Origem e operacionalidade da vacina (breve referência).....	70
2. Os benefícios da vacinação e a imunidade de grupo enquanto objetivo fundamental da inoculação em dialética com a “hesitação/recusa vacinal” .....	73
CAPÍTULO V .....	79
DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA ENQUANTO MEIO ESTADUAL LEGÍTIMO PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA .....	79
1. A inevitável (mas legítima) restrição de direitos fundamentais pela imposição da vacinação obrigatória .....	79
3. O dever estadual de proteção da saúde pública face à problemática doutrinal das imposições constitucionais de criminalização .....	95
4. Da imposição da vacinação à criminalização das condutas atentatórias à saúde pública .....	104
CAPÍTULO VI .....	112
CONCLUSÕES .....	112
BIBLIOGRAFIA .....	118
JURISPRUDÊNCIA .....	129
LEGISLAÇÃO .....	131

## INTRODUÇÃO

A relação entre os direitos fundamentais e o Direito Penal é evidenciada por Figueiredo Dias<sup>1</sup>, ao defender que entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico penal se verifica uma “relação de mútua referência”, enquanto relação de “analogia material, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* – do ponto de vista da sua tutela – *de fins*”. Nestas palavras, Figueiredo Dias concretiza o princípio jurídico-constitucional implícito do direito penal do bem jurídico<sup>2</sup>.

Desta correspondência, Figueiredo Dias<sup>3</sup> afirma a ordem jurídico-constitucional enquanto “quadro obrigatório de referência” e “critério regulativo da atividade punitiva do Estado”, sendo que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordem social, política e económica”, transformando-se por esta via em autênticos bens jurídico-penais.

Como veremos, o conceito de bem jurídico encontra-se em crise. Afirma-se desde já que, no que concerne ao conceito de bem jurídico, este tem sido posto em causa, tanto numa perspetiva dogmático-conceptual, quanto no que diz respeito à sua função enquanto padrão crítico das incriminações constituídas e a constituir e enquanto reconhecido padrão de aferição da constitucionalidade das normas, nomeadamente face aos novos problemas com que o direito penal é confrontado atualmente e que nem sempre tem capacidade de resposta. Assim nos é introduzido o problema por Maria João Antunes<sup>4</sup>.

O Direito à Saúde é reconhecido constitucionalmente ao abrigo do artigo 64º da CRP, enquanto um direito à saúde e um dever à promoção da saúde, sendo esta última dimensão que irá estar dialeticamente em causa no presente estudo dissertativo.

Nas palavras de Anabela Rodrigues, “a relação entre direitos fundamentais e direito penal é uma relação necessária e não surpreendente, mas paradoxal. Significa uma

---

<sup>1</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, 3ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p.136, §25.

<sup>2</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da Doutrina Penal, Da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e Das Suas Relações”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, 2009, pp.31-46

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 2, p.137.

<sup>4</sup> ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2020, p.54 e ss. Dando conta desta problemática, também COSTA, José de Faria, “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3978, pp.158-173.

legitimação da repressão punitiva, já que é em nome da sua proteção que se exige a intervenção penal – no que vem sendo chamada a sua «função espada» e em que os direitos fundamentais traduzem a «boa consciência» da punição – e, ao mesmo tempo uma limitação daquela repressão - ao que se alude agora como a «função escudo» do direito penal em que os direitos fundamentais traduzem a «má consciência» da punição - , sob pena de uma sua exasperação ilegítima”<sup>5</sup>.

No que há intervenção do direito penal diz respeito, também o padrão de incriminação maioritariamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência, *o da necessidade (ou carência) da tutela penal*, tem sido posto em causa, advogando-se a sua substituição, nomeadamente como veremos, pelo reconhecimento da legitimidade da intervenção penal ao abrigo de um dever de proteção de direitos fundamentais que é imposto constitucionalmente ao Estado.

A realidade pandémica marcada pela propagação do vírus causado pela doença COVID-19 e que rapidamente se tornou o diário do nosso quotidiano, veio relançar para a discussão a temática da proteção da saúde pública, nomeadamente, a nível penal, no seio da qual somos confrontados com uma catástrofe ainda maior que a viral: o reconhecimento de um enfraquecimento da tutela e da relevância penal da saúde pública, bem jurídico coletivo que não encontra qualquer proteção ao nível do CP ou em legislação extravagante que permita ao legislador atuar no sentido da sua proteção de forma adequada, legítima e fundada.

É neste contexto que nos surge a problemática da legitimidade da imposição da vacinação obrigatória. Quem bem jurídico estaremos a proteger? De que forma o legislador se encontra legitimado para impor tal conduta? E será a sua incriminação legítima? De que forma?

Veremos.

---

<sup>5</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal europeu pós-lisboa: um direito penal funcionalista?”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 146, N° 4004, Coimbra, 2007, p.331.

## CAPÍTULO I

### DA SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO

#### 1. O art.64º da CRP e o direito à proteção e promoção da saúde

Sistematicamente inserido no Título III – “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais” (doravante, direitos sociais), o *direito à saúde* encontra consagração constitucional enquanto *direito social* no artigo 64º da CRP<sup>6</sup> ao integrar o catálogo dos “Direitos e Deveres Sociais” elencado no Capítulo II.

A propósito dos direitos sociais constitucionalmente previstos, Gomes Canotilho e Vital Moreira identificam dois grupos de *direitos sociais*, diferenciando os “direitos relativos às condições de vida fundamentais”, onde se insere o direito à saúde; dos “direitos de certas categorias sociais ou de certas instituições mais carecidas de proteção específica”<sup>7</sup>. A par dos direitos sociais, os autores identificam também a existência de *deveres sociais*, tendentes à proteção de valores sociais relevantes para a coletividade e que por assim o serem a Constituição protege<sup>8</sup>.

Desta forma, podemos afirmar que o artigo 64º da CRP, paralelamente a um *direito à proteção da saúde*, consagra um *dever à proteção e promoção da saúde*, o que nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira se materializa constitucionalmente num “direito-dever”<sup>9</sup>.

A circunstância de estar sistematicamente inserido no catálogo dos direitos sociais não retira força jurídica ao direito à saúde; a mesma é reconhecida aos direitos sociais, e conseqüentemente ao direito à saúde, por força do artigo 17º, *in fine* da CRP<sup>10</sup> que inscreve no âmbito de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias (doravante, DLGs) os direitos sociais enquanto *direitos de natureza análoga*.

---

<sup>6</sup> Art.64º da CRP (Saúde): “1. Todos têm direito á proteção da saúde e o dever de a defender e promover”.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p.316

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp.319 e 320. Gomes Canotilho e Vital Moreira falam a este propósito de “direitos conexos com direitos fundamentais”, no sentido em que surgem subordinados ao cumprimento de um direito fundamental, mas que não devem ser entendidos apenas enquanto uma “componente ou parte integrante” dos direitos fundamentais”, reconhecendo-lhes autonomia constitucional.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.826.

<sup>10</sup> Art.17º da CRP (Regime dos direitos, liberdades e garantias): “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”, nos quais se inserem os direitos sociais”.

À semelhança de outros direitos fundamentais sociais, é possível distinguir duas vertentes no âmbito do direito à saúde, assim referem Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>11</sup>. O referido preceito constitucional prevê o direito à proteção da saúde enquanto um direito social, numa vertente *positiva* enquanto direito dos cidadãos a exigir determinadas prestações ao Estado e a entidades públicas atinentes à realização efetiva do direito à saúde, pelo que o Estado está desta forma constitucionalmente obrigado a proteger a saúde pública, desde logo, através da criação de um serviço nacional de saúde<sup>12</sup> e da adoção de medidas com vista à melhoria das condições de vida, bem-estar e saúde da comunidade<sup>13</sup>; e numa vertente *negativa*, enquanto direito dos cidadãos a exigirem do Estado e de terceiros que se abstenham de praticar condutas que lesem ou coloquem em perigo o bem jurídico saúde pública<sup>14</sup>.

A vertente positiva, ou *prestativa* é evidenciada por Jorge Miranda<sup>15</sup> que, procedendo a uma distinção relativa aos direitos sociais face aos DLGs, refere que “os direitos sociais envolvem a pretensão de prestações normativas e materiais ou fáticas”, ao passo que os DLGs “têm como contrapartida característica uma atitude de respeito e de não interferência por parte de outrem”.

Reconhecendo-se, na aceção de Vieira de Andrade<sup>16</sup>, uma “*dupla dimensão*” aos direitos fundamentais, no sentido em que encerram em si uma *dimensão subjetiva*, de atribuição de posições jurídicas; e uma *dimensão objetiva*, de proteção de valores comunitários, devemos analisar o artigo 64º da CRP, enquanto consagração constitucional do direito à saúde, à luz desta mesma “dupla dimensão”.

Relativamente à afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se pode deixar de referir a essencialidade do contributo da jurisprudência constitucional alemã.

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *op. cit.* em nota 7, p.825.

<sup>12</sup> Art.64º, nº2, al. a) da CRP.

<sup>13</sup> Art.64º, nº2, al b) e nº3 da CRP.

<sup>14</sup> Também neste sentido, MEDEIROS, Rui, *in* MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada*, Vol. I, 2ª ed. revista, Lisboa: Universidade católica Editora, 2017, p.653

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª Ed. rev. e atual., Coimbra: Edições Almedina, 2020, p.121.

<sup>16</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p.112

Em 1958, a decisão tomada no Acórdão do Bundesverfassungsgericht (*caso Lüth*,)<sup>17</sup> permitiu que fossem encetados passos decisivos à identificação desta mesma dimensão.

Entendeu o TC alemão<sup>18</sup> que o exercício do direito à liberdade de expressão de pensamento haveria sido violado por decisão judicial que condenou o crítico de cinema Erich Lüth em abster-se de apelar ao boicote de um filme realizado por um cineasta com ligações ao regime nazi, tendo por base o entendimento de que, apesar de os direitos fundamentais preservarem a sua clássica *dimensão subjetiva de proteção* da esfera de liberdade do cidadão contra as invasões da autoridade pública consubstanciando nesta medida verdadeiros *direitos de defesa do cidadão face às ingerências estaduais*, também lhes é reconhecida uma *dimensão objetiva* dado que, não pretendendo a Lei Fundamental apresentar-se como uma ordem de valor axiologicamente neutra, estabelece uma ordem objetiva de valores no capítulo relativo aos direitos fundamentais, traduzindo-se num *fortalecimento da validade dos direitos fundamentais*, aplicável a todas as áreas do direito.

Da análise que faz a este mesmo texto jurisprudencial, Nuno Brandão<sup>19</sup> realça que desta decisão floresceu um novo entendimento sobre os direitos fundamentais, percecionados já “não apenas com um perfil subjetivo, mas também com um perfil objetivo”. A partir desse momento, e fruto da agora aceite dimensão objetiva atribuída a estes direitos, havia sido dado o primeiro passo no reconhecimento de uma nova função aos direitos fundamentais: o da identificação de um *dever estadual de proteção de direitos fundamentais*<sup>20</sup>.

A jurisprudência constitucional portuguesa, que em grande e inegável medida “bebe” da jurisprudência constitucional alemã, reconhece de forma consolidada a função imposta ao Estado de proteção de direitos fundamentais atribuída pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Frutuosa para tais considerações, apresenta-se a sucessiva jurisprudência em sede da temática da interrupção voluntária da gravidez.

---

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198 – Lüth, a propósito do exercício do direito à liberdade de expressão de pensamento crítico, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp.204 e 205.

<sup>19</sup> BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contraordenações: da cisão à convergência material*, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p.587

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp.587 e ss.

Desde logo, o Acórdão do TC n.º85/1985<sup>21</sup>, reconhecendo a vida intrauterina enquanto bem constitucionalmente protegido, de valor constitucionalmente objetivo, afirma que “os bens ou valores constitucionalmente protegidos em geral, tenham ou não a natureza de direitos fundamentais, exigem do Estado (a começar pelo legislador) pelo menos duas coisas: a) que ele mesmo não atente contra eles; b) que os proteja dos atentados de outrem.”

Posteriormente, mas ainda dentro da mesma temática, no Acórdão do TC n.º 75/2010<sup>22</sup>, o TC reconheceu que para cumprimento do dever de proteção do bem jurídico vida intrauterina, “o Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer ação suscetível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias de “garantia de efetivação” (...) designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante (...)”<sup>23</sup>

Nuno Brandão<sup>24</sup> afirma que o TC, em sede do referido Acórdão, reconhece inequivocamente a dupla dimensão dos direitos fundamentais: enquanto direitos de defesa do cidadão perante o Estado (dimensão subjetiva) e ainda enquanto “imperativos de tutela” impondo ao Estado o dever de os proteger (dimensão objetiva).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o correspondente dever de proteção de direitos fundamentais imposto constitucionalmente ao Estado também é afirmada pela jurisprudência constitucional portuguesa relativamente aos direitos sociais, nomeadamente, e dentro do que aqui nos interessa discernir, ao direito à saúde.

Leia-se no Acórdão do TC n.º 423/2008<sup>25</sup>, a propósito da proibição de fumar em espaços fechados, o reconhecimento da dimensão negativa do direito à saúde, no sentido em que o TC afirma que “o direito fundamental à proteção da saúde exige do Estado-prestador a adoção de condutas ativas no sentido da sua promoção, da prevenção e do combate à doença”.

---

<sup>21</sup> Ac. TC. n.º85/85, Processo n.º 95/84 (Conselheiro Vital Moreira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

<sup>22</sup> Ac. do TC n.º75/2010, Processos n.ºs 733/07 e 1186/07 (Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

<sup>23</sup> *Ibidem*, ponto 11.4.3

<sup>24</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* em nota 19, p.594.

<sup>25</sup> Ac. TC n.º423/2008, Proc. n.º 592/08 (Conselheira Ana Guerra Martins), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080423.html> , ponto 9

Ainda no sentido esclarecedor da imposição constitucional de proteção estadual da saúde, o Acórdão do TC nº 187/2010<sup>26</sup>, relativamente ao direito fundamental laboral à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde<sup>27</sup>, conclui que “quando o legislador pune comportamentos violadores das condições de trabalho (...) a que os trabalhadores têm direito, está a cumprir uma *obrigação constitucional*, dirigida aos próprios poderes públicos”, exigindo ao Estado, para cumprimento da obrigação estadual de assegurar tais condições, um comportamento ativo e interventivo através do estabelecimento de medidas que assegurem o exercício do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde. Para o TC, adotando a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, que citam, “a prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (nº1/c) é simultaneamente um direito dos trabalhadores e uma imposição constitucional dirigida aos poderes públicos (e aos empregadores) (...). Neste sentido, compete ao Estado editar regulamentos de segurança, higiene e saúde e tomar medidas efetivas de controlo da aplicação destes regulamentos. (...) Enquanto que o nº1 deste artigo reconhece direitos fundamentais dirigidos contra as entidades empregadoras e o Estado, o nº2 estabelece um conjunto de tarefas (incumbências) dirigidas ao Estado (desde logo ao legislador), no sentido de realizar os primeiros. (...)”<sup>28</sup>.

Em síntese conclusiva, Nuno Brandão<sup>29</sup> refere que da vasta jurisprudência constitucional portuguesa é possível concluir que o TC entende que o dever estadual de proteção enquanto tradução da dimensão objetiva, é uma função aplicável a todos os direitos fundamentais, abrangendo da mesma forma direitos fundamentais que assumem a natureza de DLGS e os direitos económicos, sociais e culturais, onde se reconduz o direito à proteção da saúde previsto no artigo 64º da CRP.

À luz de tal previsão, a proteção da saúde pública é constitucionalmente imposta ao legislador, não lhe sendo admissível não a proteger. Em conformidade com tal constatação, dispõe o artigo 9º, al. d) da CRP que é tarefa fundamental do Estado a “*efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais*”<sup>30</sup>. Assim, as

---

<sup>26</sup> Ac. 187/2010, Proc. nº 561/09 (Conselheiro Vítor Gomes), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100187.html>

<sup>27</sup> Art.59º, nº1, al. c) da CRP

<sup>28</sup> *Ibidem*, ponto I., 1.

<sup>29</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* em nota 19, pp.599 e 600.

<sup>30</sup> Art.9º da CRP: “São tarefas fundamentais do Estado: (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.”

previstas imposições constitucionais de proteção do direito à saúde se incumpridas pelo Estado podem justificar um juízo de inconstitucionalidade por omissão<sup>31</sup> nos termos do artigo 283º da CRP<sup>32</sup>. Assim, mais do que um direito de todos à proteção da saúde, o artigo 64º da CRP consagra um *dever de defender e promover a saúde*, traduzindo-se isto na dimensão objetiva do direito à saúde.

Sistematiza em conformidade Cláudia Monge<sup>33</sup>, a propósito da proteção da saúde enquanto direito fundamental, que as normas previstas no artigo 64º da CRP são atributivas de diversas posições jurídicas. Atribuem “i): para o titular do direito à saúde, o direito fundamental à saúde a à proteção da saúde; ii) para todos, incluindo o próprio Estado, o *dever de respeitar* (...) a saúde de todos e de cada um enquanto bem de personalidade e enquanto bem individual e coletivo; iii) para o Estado, um *dever de proteger* – através de uma Administração de polícia, fiscalizadora, repressiva e sancionatória quanto à atuação de outros que põem em causa a saúde do titular do direito fundamental e violam o dever geral de abstenção ou não ingerência da dimensão negativa do direito à saúde, na sua feição de bem de personalidade, ou que põem em causa a saúde enquanto bem coletivo, e o *dever de realizar* o direito social à proteção da saúde, que comporta um *dever de prestar*, através de uma Administração prestadora, mediante o acesso à garantia primeira que é o Serviço Nacional de Saúde, nos termos da alínea a) do nº2 do artigo 64º, na assistência médica e medicamentosa, mas também num *dever de promover* a saúde através de políticas ativas de saúde pública, e da atuação sobre as determinantes da saúde, nos termos da alínea b) do nº2 do artigo 64º”.

---

<sup>31</sup> Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.* em nota 7, p.826

<sup>32</sup> Art.283º da CRP: “1. (...) o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”.

<sup>33</sup> MONGE, Cláudia, *O Direito fundamental à proteção da saúde*, E-pública (Revista Eletrónica de Direito Público), Vol. 6, N.1, abril 2019, disponível em <https://e-publica.pt/volumes/v6n1a06.html>, pp.86 e 87.

## 2. A efetivação legislativa do dever estadual de proteção da saúde pública

Apesar de se considerar que os direitos sociais têm um conteúdo mais indeterminado ou indeterminável que os direitos, liberdades e garantias, fornecendo uma maior margem de decisão ao legislador ordinário quanto à sua determinabilidade<sup>34</sup>, no que concerne à proteção da saúde tal não se verifica; este direito está suficientemente delimitado na Constituição, nomeadamente, nos nºs 2 e 3 do art.64º da CRP, salienta Cláudia Monge<sup>35</sup>.

Sendo tarefa do Estado efetivar os direitos sociais<sup>36</sup>, este está desde logo constitucionalmente obrigado a realizar o Direito à Saúde, por via da criação de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, geral e tendencialmente gratuito<sup>37</sup> que, entende Jorge Reis Novais<sup>38</sup>, garanta a todos os cidadãos o acesso aos cuidados de saúde e por meio da promoção de políticas públicas de saúde que permitam que todas as pessoas possam aceder “aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação”<sup>39</sup>.

Desde logo, o cumprimento deste comando constitucional assenta na *Lei de Bases da Saúde* (LBS)<sup>40</sup>, que mais do que enunciar as bases do SNS, regula todo o setor da saúde, atribuindo ao Estado um papel essencial na proteção e defesa da saúde pública<sup>41</sup>, destacando-se, a este respeito, a adoção de uma política de saúde de âmbito nacional,

---

<sup>34</sup> Segundo o Tribunal Constitucional (TC), “os direitos sociais – por serem direitos a prestações fácticas e normativas a cargo do Estado – não têm em princípio um conteúdo que possa ser determinado a nível constitucional”, sendo que a sua concretização depende “de opções do legislador, que age neste domínio de acordo com aquilo que lhe for historicamente possível”. Cf. Ac. do TC nº184/2008, Proc. nº 614/2007 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080184.html>.

<sup>35</sup> MONGE, Cláudia, *op. cit.* na nota 33, p.79.

<sup>36</sup> Art.9º, al. d) CRP. A ausência de efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais pode gerar inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 283º da CRP.

<sup>37</sup> Art.64º, nº2, al. a) da CRP. Segundo o TC, o SNS deverá estar ao dispor de todas as pessoas (universalidade), abranger e prestar todo o tipo de cuidados e especialidades médicas (generalidade) e prestar os serviços médicos a título gratuito, sem exigir ao beneficiário o pagamento de qualquer contraprestação que tenha por fim transferir para este o custo do serviço (tendencial gratuitidade). A tendencial gratuitidade não impede, contudo, que o beneficiário pague uma taxa moderadora, com o objetivo de racionalizar a procura dos serviços de saúde. Cf. Ac. do TC nº 731/95, Proc. nº274/90, (Conselheiro Alves Correia) pontos 5.1, 6.1, 6.2 e 6.3, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>.

<sup>38</sup> NOVAIS, J. Reis, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2017, pp.86-87.

<sup>39</sup> Alínea a), do nº3, do artigo 64º da CRP.

<sup>40</sup> Lei nº 95/2019, de 04 de setembro que consagra a versão atual da Lei de Bases da Saúde Pública (LBS), e que revoga a Lei nº48/90, de 24 de Agosto, vide <https://data.dre.pt/eli/lei/95/2019/09/04/p/dre/pt/html> Nos termos do nº3 do art.112º da CRP, as leis de bases são leis de valor reforçado, prevalecendo sobre as demais leis ordinárias. Cf. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *op. cit.* na nota 7, p.60.

<sup>41</sup> Nº 2 e 4 da Base 1 da LBS.

transversal, dinâmica e evolutiva e que a acompanhe o progresso científico e as necessidades atuais da população onde visa atuar<sup>42</sup>, fundamentando a sua atuação na “promoção da saúde e na prevenção da doença”<sup>43</sup> e na “melhoria do estado da saúde da população, através de uma abordagem de saúde pública, da monitorização e vigilância epidemiológica e da implementação de planos de saúde nacionais, regionais e locais”<sup>44</sup>.

Assinala-se também como importante para o desenvolvimento de uma correta e eficiente política de saúde, a “promoção da educação para a saúde e da literacia para a saúde, permitindo a realização de escolhas livres e esclarecidas para a adoção de estilos de vida saudável”<sup>45</sup>.

A OMS<sup>46</sup> define a *literacia para a saúde* como o conjunto das “habilidades cognitivas e sociais que determinam a motivação e a capacidade dos indivíduos em aceder, compreender e usar informação de forma a promover e manter uma boa saúde”, implicando o “alcance de um nível de conhecimento, habilidades pessoais e confiança para tomar ações que promovam a saúde pessoal e comunitária, através da mudança de hábitos pessoais e condições de vida” acrescentado que “a baixa literacia pode afetar diretamente a saúde das pessoas, limitando o seu desenvolvimento pessoal, social e cultural, bem como desenvolvimento da literacia para a saúde”.

Percebe-se, portanto, que seja uma tarefa essencial do Estado desenvolver a “educação sanitária do povo”<sup>47</sup>, passando a mesma, desde logo, pela “divulgação transparente de informação em saúde”<sup>48</sup> de forma a permitir às pessoas “compreender, aceder e utilizar melhor a informação sobre a saúde, de modo a conseguir decidir de maneira consciente e informada”<sup>49</sup>.

A LBS faz também referência às situações de perigo para a saúde pública e de emergência sanitária, nas quais se incluem as epidemias, pandemias e proliferação de doenças contagiosas/infeciosas como a COVID-19.

---

<sup>42</sup> N°1 da Base 4 da LBS

<sup>43</sup> Al. a) do n°2 da Base 4 da LBS.

<sup>44</sup> Al. b) do n°2 da Base 4 da LBS.

<sup>45</sup> Al. e) do n°2 da Base 4 da LBS.

<sup>46</sup>WHO, “Health Promotion Glossary”, 1998, disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-HPR-HEP-98.1> , p.10

<sup>47</sup> Al. b) do n°2 do artigo 64° da CRP.

<sup>48</sup> Al. k) do n°2 da Base 4 da LBS.

<sup>49</sup> N°1 da Base 12 da LBS.

A Base 34 da LBS<sup>50</sup> estabelece que compete às autoridades de saúde decidir da “intervenção do Estado na defesa da saúde pública” e que de forma ele pode intervir. Nomeadamente, “em situação de emergência de saúde pública, o membro do Governo responsável pela área da saúde toma as medidas de exceção indispensáveis” para restabelecer a ordem e a segurança sanitárias<sup>51</sup>, sempre em respeito e de acordo com os princípios e regras constitucionais.

Reconhecido o dever de proteção da saúde pública, imposto constitucional ao Estado, esta constatação impõe-nos que nos capítulos seguintes reflitamos sobre *se e em que medida* essa proteção pode ser efetivada.

---

<sup>50</sup> N°s 1 e 2 da Base 34 da LBS.

<sup>51</sup> N°3 da Base 34 da LBS.

## CAPÍTULO II

### DA SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO BEM JURÍDICO-PENAL

#### 1. O conceito criminológico de bem jurídico-penal: evolução e crise do modelo do direito penal do bem jurídico

##### 1.1. A proteção (subsidiária) de bens jurídico-penais enquanto função do direito penal

Concluída a análise da saúde pública enquanto bem jurídico constitucionalmente protegido ao abrigo do artigo 64º da CRP, importa averiguar em que termos é que poderá a saúde pública adquirir também a natureza de bem jurídico-penal e beneficiar da intervenção deste ramo do direito no que à sua proteção diz respeito.

Existindo a jusante o objetivo de reconhecer dignidade penal à saúde pública, afigura-se desde já essencial abordar a categoria dogmática do *bem jurídico-penal* permitindo-nos concluir, *a final*, no sentido pretendido.

O legislador penal português vinculou a aplicação de penas e de medidas de segurança à *proteção subsidiária de bens jurídicos* e à reintegração do agente na sociedade, sendo esta a função reconhecida ao direito penal e positivada pelo artigo 40º do CP<sup>52</sup>.

Refere Figueiredo Dias<sup>53</sup>, que num Estado de Direito democrático, pluralista e laico, a função do direito penal só pode ser a da tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal e carentes de pena.

Faria Costa<sup>54</sup> defende que “hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”, correspondendo a “um dos traços fundamentais do atual direito penal”, não deixando, contudo, que apontar severas críticas a um modelo que, apesar de reconhecer uma preocupação legítima, crê ter de ser ultrapassado por insuficiente<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Art.40º do CP (Finalidades das penas e das medidas de segurança): “1- A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.”

<sup>53</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145º, nº3998, maio-junho de 2016, p.251.

<sup>54</sup> COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmentia iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp.22 e 23

<sup>55</sup> COSTA, José de Faria, *op. cit.* na nota 4.

O estudo da categoria dogmática do bem jurídico-penal afigura-se importante pois é sob a sua égide que o que o direito penal encontrará legitimidade interventiva.

No que há sua noção diz respeito, são várias as definições que lhe são conferidas pela doutrina, o que aponta no sentido de esta ser uma categoria que, refere Figueiredo Dias<sup>56</sup>, “não pôde, até ao momento, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado”.

A evolução por detrás da noção do bem jurídico foi longa. Sobre ela, dá-nos conta Figueiredo Dias<sup>57</sup>, que num primeiro momento o bem jurídico definiu-se pela mera recondução a interesses individuais, concretizando-se numa noção de marcado pendor liberal e positivista, evoluindo posteriormente até à defesa de uma função hermenêutica meramente interpretativa, de aplicação dos tipos legais de crime.

Conceções estas que o autor rejeita por se afirmar necessária uma perspetiva do bem jurídico à luz de uma *conceção teleológico-funcional e racional*<sup>58</sup> que lhe exige obediência a uma “série mínima, mas irrenunciável de condições” capazes de lhe conferir a materialidade necessária para que possa sustentar um conceito material de crime previamente dado ao legislador legitimando assim a sua intervenção, e constituir padrão crítico do direito vigente ou a constituir, orientando o legislador penal relativamente ao que pode ou não pode criminalizar, devendo ainda assim ser capaz assimilar e refletir as sistema social.

Numa tentativa de assimilação de todas estas exigências, é avançada uma “teoria da sociedade”, defendida por autores como Amelung, Jakobs e, entre nós, Augusto Silva Dias, que postulam uma conceção social do bem jurídico, de acordo com a qual a materialidade do mesmo é alcançada pelo “apelo *direto*” ao sistema social enquanto expressão de valores culturais e sociais que a comunidade entende como valiosos<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.130, §16.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.131 e ss.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p.132, §20.

<sup>59</sup> Amelung defende que a noção de bem jurídico é concretizada por referência à noção de dano social. Para o autor, a danosidade social é o elemento que define aquilo que é considerado socialmente desvalioso e, por isso, capaz de preencher o conceito material de lesão do bem jurídico. O direito penal seria desta forma um mecanismo de controlo social. Jakobs, de forma mais radical, defende a insuficiência da função do direito penal de proteção de bens jurídicos, propondo mesmo o fim da teoria do bem jurídico. Entende este autor que a função do direito penal é a de manutenção da forma da sociedade e do Estado, sendo que o crime corresponde, não a uma lesão do bem jurídico, mas antes a uma negação das normas vigentes que regulam as relações entre as pessoas ao estabelecerem os comportamentos permitidos e não permitidos em sociedade. Entre nós, Silva Dias, também defendeu a legitimação da intervenção penal assente numa teoria social, reconduzindo a noção de bem jurídico enquanto valor que, pertencendo ao “mundo da vida e da

Figueiredo Dias<sup>60</sup>, apesar de reconhecer que o sistema social é “a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos”, afirma que a materialidade do bem jurídico-penal não pode ser alcançada pelo apelo direto ao sistema social que por demasiado lato não delimita concretamente o âmbito de proteção do Direito Penal, mas sim de todo o Direito

Assim, entende o autor<sup>61</sup> que os bens jurídicos do sistema social adquirem a natureza de bens jurídicos dignos de tutela penal, isto é, bens jurídico-penais, por força da “ordenação” axiológica jurídico-constitucional”, no sentido em que entre esta última e a ordem jurídico-penal se estabelece uma *relação de mútua referência*, compreendida não enquanto uma relação de identidade (afastando-se de um conceito constitucionalmente vinculado de bem jurídico-penal), mas de *analogia material*, isto é, de correspondência de sentidos e fins. Para Figueiredo Dias<sup>62</sup>, a ordem jurídico-constitucional constitui “quadro obrigatório de referência e ao mesmo tempo o critério regulativo da atividade punitiva do Estado” pelo que, “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais e direitos fundamentais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”<sup>63</sup>. Por assim entender, afirma Figueiredo Dias que “*todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico*”<sup>64</sup>.

Concretizando a relação de mútua referência que se estabelece entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal, Figueiredo Dias afirma o *princípio jurídico-constitucional (implícito) do direito penal do bem jurídico* enquanto princípio político-criminal legitimador da tutela penal<sup>65</sup>, em resultado da interpretação do texto positivado no artigo 18º, nº2 da CRP que consagra o *princípio da proporcionalidade*, no sentido em que prevê que as restrições aos direitos, liberdades e

---

experiência prática” é reconhecido consensualmente pela comunidade e cuja proteção esta considera essencial. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* em nota 1, p.133, §21 e p.134, §22.

Também sintetizando a crítica de Figueiredo Dias às teorias sociais, SOUSA, Susana Maria Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão Sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, - (Monografias). Coimbra: Edições Almedina, 2021, pp.155-159.

<sup>60</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.136, §24.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.136, §25.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.137, §25.

<sup>63</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.137.

<sup>64</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 2, p.33

<sup>65</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.136 e 137 §25, e nota 53, p.31 e ss.

garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos”<sup>66</sup>.

Faria Costa<sup>67</sup>, apesar de defender uma noção de bem jurídico penal diversa da postulada por Figueiredo Dias, por entender que a Constituição não pode “emprestar” todo o sentido ao bem jurídico-penal, reconhece<sup>68</sup>, contudo, ser uma “realidade indesmentível” que a função principal do direito penal é a proteção de bens jurídicos com dignidade penal. No sentido em que defende uma função do Direito Penal não refletida total e exclusivamente na Constituição, refere<sup>69</sup> contudo que o artigo 18º da CRP revela a conexão entre o Direito Penal e a Constituição no sentido em que “nos dá, de uma parte, claras linhas direcionais da intencionalidade normativa, nítida de defesa dos direitos, liberdades e garantias e, de outra parte, uma conjugação harmónica de defesa de outros interesses (...) que não podem deixar de ser protegidos constitucionalmente”.

Também Costa Andrade<sup>70</sup>, entende que “o direito penal só pode intervir para assegurar a proteção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”.

---

<sup>66</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit* na nota 2, p.35.

<sup>67</sup> COSTA, José de Faria, *op. cit.* na nota 4, p.162 e ss.

<sup>68</sup> FARIA COSTA, *op. cit.* em nota 54, pp.22 e 23.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p.125.

<sup>70</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho, 1992, p.178.

## **1.2. A crise do modelo do bem jurídico-penal: das “sociedades de risco” à legitimidade de tutela de bens jurídico-penais coletivos**

O Homem, enquanto sujeito inserido em determinada comunidade e momento histórico, é inegavelmente influenciado na sua forma de pensar e interpretar o mundo pelas opiniões e correntes que àquela data se afirmam de forma mais proeminente. Dessa influência não foge, claramente, o conceito de bem jurídico-penal e a função que é atribuída ao direito penal.

São agora outros os problemas que o direito penal enfrenta, mormente suscitados pelos novos riscos que a sociedade industrial levantou no contexto da pós-modernidade, repercutindo-se tanto a nível individual como coletivo, levando mesmo Figueiredo Dias a questionar-se se estaríamos perante “sinais da necessidade de uma nova *revolutio* nas conceções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas de segurança (...), conseqüentemente, sinais de uma “nova” política criminal” de uma “nova dogmática jurídico-penal?”<sup>71</sup>.

Enquanto reflexo da sociedade onde atua, o direito penal tem de acompanhar a evolução desta no sentido de dar resposta às novas problemáticas com que é confrontado, sob pena de se afirmar insuficiente o modelo do direito penal do bem jurídico<sup>72</sup>, sendo vários os autores que pugnam mesmo pela sua substituição<sup>73</sup>.

Nesta senda, o paradigma do direito penal clássico, que reconduz a tutela do direito penal à proteção (subsidiária) de bens jurídicos, tradicionalmente identificáveis enquanto bem jurídico-penais individuais, acaba por se mostrar insuficiente perante a evolução da sociedade.

A afirmação dos direitos sociais e económicos levou ao aparecimento de novos interesses e bens coletivos com elevado reflexo comunitário, cuja dignidade e carência penal começou a ser discutida face à sua importância.

---

<sup>71</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito penal entre “a sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2001, p.587 e nota 32.

<sup>72</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.154, §46.

<sup>73</sup> A este propósito, leia-se a síntese de Faria Costa quanto aos “modelos de substituição do bem jurídico” em FARIA COSTA, José de, *op. cit.* na nota 4, p.163 e ss.

Esta problemática surge acentuada nas últimas décadas posto que o advento das “sociedades de risco” na expressão de Beck<sup>74</sup>, ao impor novas preocupações ao direito penal, levantou aquela que, dentro desta temática, surge como primacial para o âmbito de análise desta dissertação: *a questão da legitimidade da tutela penal de bens jurídico-penais coletivos (supraindividuais ou difusos)*.

Beck alertou para o facto de as problemáticas típicas da sociedade industrial, ligadas à proteção de bens jurídicos clássicos, tais como a vida, o corpo, a propriedade, o património, e, por tal, assentes numa configuração clássica, liberal e antropocêntrica do direito penal, serem atualmente substituídas e ultrapassadas pelos novos questionamentos que eclodem nas “sociedades de risco”, com marcado carácter tecnológico e massificado<sup>75</sup>.

João Loureiro<sup>76</sup>, sintetizando as principais teses de Beck, refere que nas “sociedades de risco”, já não são os riscos criados naturalmente que impõem uma resposta do direito penal, mas antes os riscos sociais, os “riscos civilizatórios”, insuscetíveis de delimitação espacial, temporal e mesmo social, observando-se uma “mundialização do risco”, no sentido em que, para Beck, “sociedade de risco significa sociedade de risco mundial”.

Para Figueiredo Dias<sup>77</sup>, no que à matéria penal diz respeito, a ideologia pugnada pelas “sociedades de risco” pretende evidenciar uma “transformação radical das sociedades em que já vivemos”, onde o atual direito penal, fruto dos “novos” riscos<sup>78</sup>, adquire uma preocupação com a tutela das gerações futuras.

---

<sup>74</sup> O mérito da expressão “sociedades de risco” é atribuído a Ulrich Beck na sua obra BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986 *apud* LOUREIRO, João Carlos, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.804 e nota 32.

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* em nota 1, pp.155, §47.

<sup>76</sup> LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.* na nota 74, pp.805-807

<sup>77</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.598.

<sup>78</sup> Beck, tomando por referência a classificação de Lau, divide os riscos socialmente relevantes em três categorias: 1) os riscos tradicionais (traditionellen Risiken), que são riscos pessoais, individualmente imputados e voluntariamente assumidos (p.e., o risco de participar numa viagem de aventura); 2) os riscos de desenvolvimento industrial, fruto do progresso da indústria, e que tal como os anteriores podem ser individualizados ou referidos a um grupo determinável, mas que, diferentemente, são riscos socialmente aceites e suportáveis, tidos como úteis e necessários; e 3) os novos riscos, *apud* SOUSA, Susana Maria Aires de, “Saúde Pública, direito penal e “novos riscos”: um triângulo com lados desiguais”, in *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, Cap. IX, Carla Amado Gomes (coord.), AAFDL, Lisboa, 2014, p.612-616.

Na senda de Beck, Augusto Silva Dias<sup>79</sup> caracteriza os “novos riscos” como sendo riscos que surgem de modo involuntário, irrefletido ou intencional, suscetíveis de serem produzidos em momento espaço-temporais distanciados, impedindo ou dificultando a sua delimitação e que, por tal, são riscos que não são facilmente perceptíveis pelos membros da comunidade que afetam. Riscos que, pela sua imprevisibilidade e possível extensão colocam novas problemáticas ao direito penal clássico, exigindo-se deste ramo do direito uma atuação capaz de controlar as possíveis consequências advindas dos novos riscos por forma a dar cobertura às exigências e necessidades da comunidade que se vê afetada tanto na sua individualidade, como na sua coletividade.

Como consequência da contemporaneidade da problemática imposta ao direito penal, Figueiredo Dias<sup>80</sup> refere que a afirmação e consciencialização dos novos riscos requer a “adequação do direito penal (...) mediante de uma “nova política criminal”. Diferentemente de alguns autores que, face à insuficiência de resposta do direito penal clássico quanto aos novos riscos, defendem um abandono do modelo do direito penal do bem jurídico<sup>81</sup>, segundo Figueiredo Dias a resposta ainda pode ser obtida por referência ao mesmo, “na medida em que se possa e deva afirmar-se que (...) ao lado dos bens jurídicos individuais (...) e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, coletivos”<sup>82</sup>.

Admitindo, contudo, a natureza conceptual vaga e indefinida dos bens jurídicos coletivos<sup>83</sup>, Figueiredo Dias refere que a função do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, engloba tanto a tutela dos bens jurídicos individuais e pessoais, quanto dos bens jurídicos coletivos e transpessoais<sup>84</sup>. A tutela penal dos bens jurídicos coletivos é no entendimento do autor, *legítima*, uma vez que estes encontram proteção

---

<sup>79</sup> DIAS, Augusto Silva “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”. *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2003, pp.230 e ss.

<sup>80</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.156, §48.

<sup>81</sup> Como exemplo de relevo, Figueiredo Dias refere a posição de Stratenwerth que, face à insuficiência do direito penal clássico e de proteção de bens jurídicos individuais para fazer face aos “novos riscos”, propõe mesmo a adoção de uma nova política criminal sustentada na tutela do comportamento humano mediante “normas de comportamento”. Para este autor, a tutela das gerações futuras implica passar a entender a função do direito penal como de tutela das “relações da vida como tais. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.160-162, ponto 2.3,

<sup>82</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.170 e ss., ponto 3.2.

<sup>83</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito penal entre “a sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.604.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.612.

constitucional ao nível dos direitos sociais, económicos e culturais sendo que, atinente a relação de analogia material que se estabelece entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal, consubstanciam verdadeiros bens jurídico-penais<sup>85</sup>; e poderá ser *necessária* para cumprimento das funções de prevenção geral negativa e positiva que se reconhecem às penas enquanto instrumento político-criminal<sup>86</sup>, designadamente, atuando enquanto meio de intimidação afastando o delinquentes do cometimento de crimes por receio das consequências da sua aplicação e de reforço da confiança dos cidadãos na validade e na vigência da norma que tutela os bens jurídicos em causa<sup>87</sup>.

Em resultado, o mesmo autor entende nestes moldes competir ao direito penal a função de proteção das gerações futuras imposta pelos novos riscos<sup>88</sup>, não podendo, nem devendo adotar uma atitude passiva de resignação e aguardar que o comportamento humano provoque resultados lesivos para a coletividade para justificar a sua legítima atuação; o direito penal deve ser chamado a atuar preventivamente de forma a evitar que o risco se traduza numa lesão efetiva para o bem jurídico.

Afastando-se de um teorista monista do bem jurídico, que refere “extremamente antropocêntrica”<sup>89</sup> por reservar ao âmbito do direito penal somente a tutela dos bens jurídicos individuais<sup>90</sup>, não cabendo ao âmbito do direito penal qualquer preocupação protetiva relativamente novos riscos<sup>91</sup>, Figueiredo Dias<sup>92</sup>, à luz da relação de referência analógica entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico penal, estabelece a distinção político-criminal e dogmática entre o *direito penal de justiça, clássico ou primário*, reconduzido à ordenação jurídico-constitucional dos DLGs pessoais, e o *direito penal secundário ou extravagante*, ao qual também reconhece uma relação de referência mútua com a ordem jurídico-constitucional, mas agora relativamente aos direitos sociais e à organização económica. Na perspetiva do autor<sup>93</sup>, esta diferenciação é possível dada a “existência de duas zonas relativamente autónomas na atividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente *pessoal* (...) do

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.604.

<sup>86</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.58 e 59, ponto2, §14.

<sup>87</sup> *Ibidem*. p.59.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p.612. e 613

<sup>89</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.173

<sup>90</sup> Esta teoria apenas reconhece uma proteção funcionalizada de alguns bens jurídicos coletivos na medida em que a razão última da sua tutela seja a proteção de bens jurídicos individuais. *Ibidem*, p.174.

<sup>91</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.158. §51.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp.137 e 138, §26.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.138. §26.

homem: do homem “como este homem”; a outra que visa proteger a sua esfera de atuação *social*: do homem “como membro da comunidade””.

Figueiredo Dias<sup>94</sup> defende que “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, coletivos”, aceites enquanto autênticos e autónomos bens jurídicos, sendo neste campo que as problemáticas impostas pelos novos riscos das sociedades modernas com que o direito penal é confrontado irão encontrar solução e legitimidade. O bem jurídico coletivo é autonomizado pelo autor por referência à “possibilidade de gozo”, isto é, de “ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo”<sup>95</sup>.

Para Susana Aires de Sousa<sup>96</sup>, é passível de aplicação analógica o princípio económico da *não exclusão*<sup>97</sup> enquanto critério que irá “determinar os contornos de um bem jurídico coletivo ou supraindividual”.

Manifestando concordância com o caráter autónomo da tutela penal de bens jurídicos coletivos, Susana Aires de Sousa<sup>98</sup> faz notar que “a esta nota de inexcluíbilidade há de juntar-se, na sua concretização material, o reconhecimento desse bem como valioso pela comunidade e pela ordem axiológica constitucional” em congruência com o conceito de bem jurídico pugnado por Figueiredo Dias, e por nós seguido, enquanto “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>99</sup>.

Os direitos sociais, económicos e culturais encontrando previsão constitucional, traduzem um interesse da comunidade na sua proteção, sendo ao nível destes que os bens jurídicos coletivos encontrarão correspondência na ordem jurídico-constitucional, adquirindo autonomia e a natureza de autênticos bens jurídico-penais. Reconhecendo que

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p.170. §67.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.172, §69.

<sup>96</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 59, p.263 e *op. cit.* na nota 78, p.593

<sup>97</sup> De acordo como princípio económico da não exclusão ou não rivalidade, são bens públicos ou coletivos os bens cujo consumo por um indivíduo não coloca em causa o consumo por outros. A este propósito leia-se LAVOURAS, Matilde; ALMEIDA, Teresa, “Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento”, in *Boletim de Ciências Económicas*, V. II, Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2009, p.143 e ss.

<sup>98</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, “Sobre a proteção da saúde pública em tempos de pandemia: “isto já não é o que nunca foi”.” in *Revista do Ministério Público*, Ano 41 - Número Especial Covid-19, junho 2020, pp.129-163.

<sup>99</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.130. §16.

os bens jurídicos coletivos estabelecem uma “relação difusa” com os seus usuários no sentido em que aproveitam a uma generalidade de pessoas, Figueiredo Dias<sup>100</sup> defende que tal característica não é passível de afirmar o “caráter difuso” dos bens jurídicos coletivos pois é da circunstância de traduzirem o reflexo de interesses que aproveitam a uma generalidade de pessoas, “de toda e qualquer pessoa”, que pode ser afirmada a sua autonomia.

Tal natureza não é, contudo, livre de objeções.

Enquanto crítica apontada ao reconhecimento da autonomia dogmático-criminal dos bens jurídicos coletivos e, por conseguinte, da saúde pública, aponta-se, em primeira linha, o problema da *determinabilidade* do bem jurídico face à complexidade e multiplicidade de condutas que podem ser reconduzidas ao âmbito de proteção do bem jurídico coletivo, o que pode levar à expressão concretização de um bem jurídico “imperscrutável para os seus destinatários”, assim reconhece Figueiredo Dias<sup>101</sup>. Esta questão reconduz-se inevitavelmente ao âmbito do princípio jurídico-criminal da legalidade da intervenção criminal, exprimido na conhecida fórmula “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”<sup>102</sup>.

A par de outras demandas<sup>103</sup>, impõe este princípio a *determinabilidade* do tipo legal no sentido em que, explica Figueiredo Dias, “a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos”.

Em ordem a dar resposta à indeterminabilidade material dos ilícitos coletivos gerada pela multiplicidade e mutabilidade das condutas perigosas passíveis de colocar em causa a preservação das condições da vida em comunidade, entende Figueiredo Dias<sup>104</sup> que a solução será encontrada no âmbito dos ilícitos administrativos, nos ilícitos de mera

---

<sup>100</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.172, §69.

<sup>101</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.173, §70.

<sup>102</sup> Sobre o princípio da legalidade da intervenção criminal, mais desenvolvido em DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p. 209 e ss.

<sup>103</sup> O princípio da legalidade da intervenção criminal é traduzido no enunciado dogmático de acordo com o qual “não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa”, *ibidem*, p. 209, §1.

<sup>104</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.174, §71.

ordenação social, de tal forma que o ilícito dos delitos coletivos estará sujeito a uma “cláusula de acessoriedade administrativa”.

Ter-se-á como propósito evitar que a proteção penal dos bens jurídicos coletivos assente em comportamentos socialmente irrelevantes<sup>105</sup>, razão pela qual, esclarece a este propósito Susana Aires de Sousa<sup>106</sup>, os ilícitos criminais apenas corresponderão o modo de tutela mais adequado perante “condutas que, em si mesmo consideradas ou em associação a condutas ocorridas em quantidade inumerável e com uma frequência devastadora, lesam ou põem em perigo aqueles bens jurídicos”.

A conclusão pela admissão da autonomia penal dos bens jurídicos coletivos afigurou-se importante no estudo realizado nesta dissertação pelo objetivo de nos ser possível, seguidamente, concluir pela legitimidade da saúde pública enquanto bem jurídico coletivo autónomo.

---

<sup>105</sup> Figueiredo Dias esclarece que esta “irrelevância” corresponde a uma “indiferença ético-social” dirigida não diretamente ao ilícito, mas sim às condutas que o integram. Estaremos aqui no âmbito de condutas que não refletem um amplo desvalor moral, cultural ou social e que por isso possuem um carácter axiológico-socialmente neutro. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.187, §11.

<sup>106</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 59, p.193.

## **2. A admissibilidade da saúde pública enquanto bem jurídico-penal coletivo e autónomo: do “uso múltiplo” à sua concretização**

O entendimento da saúde pública enquanto interesse socialmente valioso entende-se passível de concordância geral. Constatamos já, que é o próprio texto constitucional no artigo 64º da CRP, que atribui à saúde pública a qualidade de interesse que deve ser protegido e promovido, reconhecendo-lhe dignidade no plano constitucional.

Questão que agora se pretende averiguar prende-se com a afirmação da *dignidade penal* da saúde pública e o seu reconhecimento enquanto bem jurídico-penal.

Autonomizados que foram *supra* os bens jurídicos coletivos enquanto autênticos bens jurídicos, e concretizando a relação de referência mútua estabelecida entre as ordens jurídico-constitucional e jurídico penal, face à proteção constitucional da saúde pública ao nível do texto Constitucional, podemos admitir a natureza de bem jurídico digno de tutela penal à saúde pública, isto é, enquanto verdadeiro bem jurídico-penal.

Contudo, a densificação da saúde pública enquanto bem jurídico defronta-se com uma substancial dificuldade dado o facto de constituir um interesse jurídico com contornos demasiado amplos.: a *pluralidade conceptual* do bem jurídico

Augusto Silva Dias<sup>107</sup> salienta que tal dificuldade se deve ao “*uso múltiplo*” atribuído ao conceito de saúde pública, quer por parte do legislador, quer por parte da doutrina, conduzindo conseqüentemente a uma diversidade de definições. Para o autor, o “uso múltiplo” da saúde pública reconduz-se a três aceções distintas: a primeira, que entende *a saúde pública enquanto a soma das saúdes individuais*; a segunda, de acordo com a qual *a saúde pública corresponde ao conjunto de condições de vida da comunidade que asseguram e protegem a saúde dos seus membros*; e a terceira, de define *a saúde pública enquanto o conjunto de regras sanitárias ou de higiene pessoal*.

Susana Aires de Sousa, citando Luz Maria Puente ABA<sup>108</sup>, resume a diversidade de significados atribuídos à saúde pública em duas posições principais e distintas: por um

---

<sup>107</sup> DIAS, Augusto Silva, “Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.486.

<sup>108</sup> PUENTE ABA, Luz Maria, *Delitos Económicos contra los Consumidores y Delito Publicitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p.87. *apud* SOUSA, Susana Maria Aires de. *op. cit.* na nota 78, p.594

lado, a dos autores que definem a saúde pública por referência à saúde individual (onde se insere a primeira aceção); e por outro lado, a posição dos autores que defendem a saúde pública enquanto um *bem jurídico-penal totalmente autónomo e distinto da saúde individual* (correspondendo às restantes significações da saúde pública enunciadas no parágrafo anterior).

Precisa a autora que, de acordo com a primeira posição, os bens jurídicos saúde pública e saúde individual partilham o mesmo objeto de proteção: ambos tutelam a saúde individual. O que os distingue é o titular do bem jurídico protegido: ao passo que a saúde individual se refere à tutela da saúde de um único sujeito considerado na sua individualidade, a saúde pública diz respeito à saúde do número elevado e indeterminado de sujeitos que compõem a sociedade. A saúde pública não seria mais do que a *soma das saúdes individuais*, na medida em que entre elas se estabelece uma “relação de pluralidade-singularidade”<sup>109</sup>. Em sentido diverso, a segunda posição reconhece a autonomia jurídico-penal da saúde pública relativamente à saúde individual, termos em que o objeto de proteção dos dois bens jurídicos é distinto. Desta forma, a saúde pública é definida enquanto o “conjunto de condições que, de acordo com o desenvolvimento tecnológico e científico de cada época garantem um nível de bem-estar, físico e psíquico, à generalidade das pessoas”<sup>110</sup>. Este “conjunto de condições” que garantem a saúde coletiva é efetivado através da regulamentação estatal de determinados setores de atividade essenciais para o bem-estar da coletividade, como já o são os bens alimentares e os medicamentos<sup>111</sup>, e poderão vir ser as vacinas, enfatizando-se uma “dimensão sistémica” que Susana Aires de Sousa<sup>112</sup> entende caracterizar a saúde pública dada a sua componente de organização e de tutela sociais, permitindo-lhe reconhecer uma “racionalidade própria” enquanto “atuação organizada tendo por fim avaliar e melhorar as condições de saúde física e psíquica da comunidade”, afirmando-se a sua *natureza preventiva*, mas também cada vez mais, a sua *natureza prospetiva*.

Constantino Sakellarides<sup>113</sup> escreve que, em matéria de saúde pública, tem vindo a afirmar-se de forma mais significativa a orientação das políticas públicas de saúde em

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp.594 e 595.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p.595.

<sup>111</sup> A este propósito, SOUSA, Susana Maria Aires de, op. cit, na nota 78, p.595

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.596

<sup>113</sup> SAKELLARIDES, Constantino, “Saúde pública prospetiva”, Revista Portuguesa da Saúde Pública, nº 21, 2003., pp. 3 e 4.

vista a dar resposta às “contingências do futuro” e à “vontade de influenciar esse futuro”. Derivado destas motivações, assinala o autor que o carácter prospetivo da saúde pública consiste, por um lado, “em procurar antecipar o que irá acontecer num futuro mais ou menos próximo e atuar de acordo com essas previsões” e, por outro lado, com a “necessidade de estabelecer “estratégias de saúde”” definindo objetivos a alcançar em matéria de saúde pública.

Sendo a saúde pública definida por referência à comunidade em que se insere<sup>114</sup>, é compreensível que a sua definição conceptual não seja estanque, na medida em que acompanha e evolui paralelamente à evolução da própria comunidade que regula. É a dimensão sistémica caracterizadora da saúde pública, assim sustenta Susana Aires de Sousa<sup>115</sup>, que nos permite aceitar que a sua noção se veja alterada ao longo do tempo por se refletir nas inquietações sociais contemporâneas sem que tal lhe retire determinabilidade.

A proteção que lhe é conferida por via das políticas públicas tem de perspetivar concretizar a saúde pública enquanto “promoção de uma visão partilhada do tipo de futuro que interesse à maior parte”, assim a caracteriza Constantino Sakellarides<sup>116</sup>. Deve refletir o paradigma social atual, traduzindo e dando resposta às suas problemáticas, exigindo-se das políticas públicas, para além da preocupação com o controlo e diminuição da incidência de doenças, o fomento do nível de saúde e bem-estar da comunidade, conclui Susana Aires de Sousa<sup>117</sup>. Nesta linha, a vacinação poderá ser percecionada enquanto meio capaz de prevenir acontecimentos futuros suscetíveis de por em causa a saúde pública, cumprindo tanto funções preventivas, como prospetivas, nomeadamente, impedindo a propagação de doenças altamente infecciosas como a COVID-19.

A crítica apontada à natureza demasiado extensa e vaga da saúde pública será assim superada, refere Susana Aires de Sousa<sup>118</sup>, pelo entendimento da mesma enquanto bem jurídico, no sentido em que a proteção da saúde pública é a via a seguir de forma a garantir e preservar as condições de saúde, segurança e bem-estar da comunidade, permitindo deste modo afirmar-se a sua qualidade de bem jurídico-penal coletivo,

---

<sup>114</sup> Comunidade esta que, pode ser entendida, também, a nível global, uma vez que a criação de organizações internacionais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), evidencia uma preocupação extra-estadual com a proteção da saúde pública enquanto bem jurídico.

<sup>115</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op.cit* na nota 78, p.595

<sup>116</sup> SAKELLARIDES, Constantino, *op. cit.* p.4.

<sup>117</sup> SOUSA, Susana Maria Aires *op. cit.* na nota 78, p.596

<sup>118</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 78; e *op. cit.* na nota 98, pp.149 e 150.

autónomo e distinto da saúde individual cuja tutela se reconduz a bens jurídicos individuais.

Como explica a autora, entendimento que partilhamos, “o que se tutela é a comunidade e não a pessoa individual”<sup>119</sup> pelo que, apesar de a saúde pública poder “constituir também uma forma de tutela antecipada de (...) interesses individuais, como o bem-estar, a segurança, a vida e a saúde daqueles que integram a comunidade”<sup>120</sup> apenas o faz de forma mediata, indireta. O seu âmbito de proteção extravasa a simples antecipação de tutela de bens jurídicos individuais pois ele refere-se a um todo (a comunidade) e não apenas à soma das partes que compõem o todo (os membros da comunidade considerados na sua individualidade).

Neste sentido, elucida a mesma<sup>121</sup>, que a autonomia da saúde pública é reconhecida pela circunstância de a um “dano individual”, sofrido pelos membros da comunidade, se acrescentar e autonomizar um “dano comunitário”, suportado pela comunidade, sendo este “*plus* adicional”, assim se refere a ela a autora<sup>122</sup>, que irá possibilitar distinguir autonomamente a saúde na sua dimensão individual, da saúde na sua dimensão coletiva permitindo-lhe ascender à categoria de padrão crítico da incriminação e fundamentar a incriminação de comportamentos que atentem contra a saúde pública.

---

<sup>119</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, “*op. cit.* na nota 95, pp.149

<sup>120</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *Op. cit.* na nota 95, pp.149 e *op. cit.* na nota 75, p.599

<sup>121</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 95 e *op. cit.* na nota 75, p.600

<sup>122</sup> *Ibidem.*

## 2.1. O “princípio da precaução” enquanto possível resposta

A tomada de consciência da existência de novos riscos capazes de por em causa o bem-estar e a segurança da comunidade, inseriu na discussão doutrinal quanto à admissão da tutela de bens jurídicos coletivos autónomos o *princípio da precaução*<sup>123</sup> enquanto possível recurso de legitimação da proteção ao nível penal, encontrando na saúde pública um dos seus principais domínios de aplicação. Citando António Lobato Faria, o atual conceito de saúde pública, localiza-se “para lá da prevenção, tomando como sede o *princípio da precaução*”<sup>124</sup>.

Na análise que realiza sobre a relação do princípio da precaução com o direito penal, Susana Aires de Sousa<sup>125</sup> concretiza-o enquanto *regra ética com implicações jurídicas* fundamentada nos valores da universalidade, justiça e responsabilidade, cujo objetivo principal é permitir o alcance do equilíbrio entre gerações, sendo que o pilar que sustenta a sua existência é o ideal de acordo com o qual a satisfação das necessidades da geração atual não pode impedir a satisfação das necessidades das gerações futuras.

A primeira consagração legislativa do princípio da precaução é atribuída à Lei alemã, de 15 de março de 1974, que incide sobre a “proteção contra efeitos ambientalmente nocivos produzidos por poluição atmosférica, ruído, vibrações e fenómenos similares”<sup>126</sup>, tendo sido progressivamente previsto na legislação de outros países europeus a partir da década de 90 do sec. XX<sup>127</sup>.

Ao nível do plano do direito internacional destaca-se a Comunicação da Comissão Europeia, de 2 de fevereiro de 2000, relativa ao “Princípio da Precaução”<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> Sobre o princípio da precaução e a gestão dos novos riscos, leia-se SOUSA, Susana Maria Aires de. *Op. cit.* na nota 78, p.618 a 635. Também da mesma autora, leia-se “*Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza*”, in Estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.683 e ss.; e ARAGÃO, Alexandra, “Princípio da precaução: manual de instruções”, in *RevCedoua: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano 11, nº 22, vol.2, Coimbra, 2008, pp.9-57.

<sup>124</sup> FÁRIA, António Lobato, “*A saúde pública para lá da prevenção: o princípio da precaução*”, in Revista Portuguesa da Saúde Pública, nº 19, 2001, p.3 e ss.

<sup>125</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 78, p.618 a 635 e

<sup>126</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, 15 de março de 1974, vide <https://www.gesetze-im-internet.de/bimschg/BJNR007210974.html>. Apesar de esta corresponder à primeira previsão legislativa do princípio da precaução ele já havia sido utilizado e desenvolvido enquanto orientação política no âmbito do “Programa Ambiental do Governo Federal Alemão”, de 14 de outubro de 1971 (Umweltprogramm der Bundesregierung).

<sup>127</sup> ARAGÃO, Alexandra, *op. cit.* na nota 113, pp.9-12.

<sup>128</sup> COM (2000)1, de 2 de fevereiro de 2000 (Comunicação da Comissão Europeia relativa ao Princípio da Precaução), disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-pt>.

O nº1 do “Resumo” esclarece “quando e como se deve utilizar o princípio da precaução, tanto no seio da União Europeia como internacionalmente”, dado que “as instâncias de decisão enfrentam constantemente o dilema de estabelecer o equilíbrio entre, por um lado, as liberdades e os direitos dos indivíduos, das empresas e das organizações e, por outro, a necessidade de reduzir os efeitos nocivos para o ambiente, a saúde das pessoas e dos animais bem como a proteção vegetal”, sendo essencial “encontrar o equilíbrio correto de modo a alcançar decisões proporcionadas, não discriminatórias, transparentes e coerentes”.

Neste sentido, Susana Aires de Sousa<sup>129</sup> refere que o princípio da precaução encontra a sua aplicação primária ao nível do exercício do poder das entidades públicas na gestão de riscos em matéria ambiental e de saúde pública, riscos esses que pela sua novidade e possível irreversibilidade devem ser enfrentados na atualidade de forma a que os seus efeitos possíveis sejam minimizados.

Alexandra Aragão<sup>130</sup>, no estudo que realiza a propósito do princípio da precaução, salienta que “começa a dar frutos o reconhecimento de que, por causa do princípio da integração, o princípio da precaução não se aplica só à política ambiental, mas a todas as políticas da União Europeia”<sup>131</sup>, encontrando previsão em vastas áreas jurídicas, extravasando o contexto ambiental e abrangendo a proteção (também) de áreas como a saúde pública<sup>132</sup>.

Relativamente à aplicabilidade do princípio da precaução quanto à tutela da saúde pública é de importante referência a sua inserção, em 1992, no Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia). A sua previsão ao abrigo do art.130-Rº do referido diploma<sup>133</sup> permitiu que os tribunais internacionais emitissem decisões com base neste princípio.

---

<sup>129</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, “*op. cit* na nota 78, p.618.

<sup>130</sup> ARAGÃO, Alexandra, *op. cit* na nota 113, pp.9-57.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.10

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.11

<sup>133</sup> “Artigo 130º-R

1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- a protecção da saúde das pessoas;
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á

Destaca-se a este propósito o Ac. do Tribunal de Justiça, de 5 de maio de 1998<sup>134</sup>, que no contexto da crise das “vacas loucas” alargou expressamente a aplicação deste princípio ao âmbito da saúde pública, referindo expressamente nos pontos 99 e 100 que, “(...) deve admitir-se que, quando subsistam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas”, sendo que “esta análise é corroborada pelo artigo 130º-R, nº1 do Tratado CE, segundo o qual a protecção da saúde das pessoas é um dos objetivos da política da Comunidade (...), e “essa política, visando um nível de protecção elevado, se baseará designadamente nos princípios da precaução e da acção preventiva (...)”.

Tendo já oportunidade de analisar a gestão dos “riscos da segunda modernidade”, cuja afirmação implicou necessariamente uma nova abordagem relativamente ao próprio conceito de risco e à sua relevância jurídica, o princípio da precaução é justificado pela “urgência de respostas na contenção destes “novos riscos” – por contraponto ao modelo de prevenção associado aos riscos tradicionais -, assente, num primeiro momento, numa ideia de antecipação da protecção do ambiente, mas que depressa se estendeu também à saúde pública”, nas palavras de Susana Aires de Sousa<sup>135</sup> denotando, como refere Alexandra Aragão, uma ideia de “responsabilidade pelo futuro”<sup>136</sup>, contribuindo para “num *tempo* e num *sociedade de riscos* (...) realizar a justiça intrageracional e intergeracional”<sup>137</sup>. Contudo, é um princípio que ainda encontra vozes dissonantes<sup>138</sup>.

Alexandra Aragão<sup>139</sup> salienta que o princípio da precaução tem sido substancialmente reconhecido ao nível do Direito Europeu em vigor, sendo inúmeros os atos jurídicos e os documentos oficiais europeus que o referem expressamente ou mencionam preocupações atinentes à precaução. Contudo, apesar do amplo

---

nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

(...)”. vide <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>

<sup>134</sup> Ac. Tribunal de Justiça, de 5 de maio de 1998, Proc. C-180/96, vide <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=357E8293FC00532774D90D37D78BBE77?text=&docid=43818&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1411323>

<sup>135</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 78, p.619.

<sup>136</sup> ARAGÃO, Alexandra, *op. cit.* na nota 113, p.15.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p.16.

<sup>138</sup> Alexandra Aragão, faz notar as posições divergentes de Vasco Pereira da Silva (*ibidem*, p.15, nota.39) e de Carla Amado Gomes (*Ibidem*, p.16, nota 43).

<sup>139</sup> ARAGÃO, Alexandra, *op. cit.* na nota 113, p.10.

reconhecimento ao nível do direito internacional, o princípio da precaução enquanto resposta às imprevisibilidades dos novos riscos não o é da mesma forma aceite e reconhecido pelo direito interno português, sendo a sua menção reduzida a um número reduzido de diplomas<sup>140</sup>.

De acordo com Márcio Albuquerque Nobre e Fernanda Gonçalves Galhego Martins<sup>141</sup>, o princípio da precaução foi pela primeira vez consagrado nem Portugal ao abrigo da Lei nº19/2014, de 14 de abril, que define “as bases da política de ambiente” (LBA)<sup>142</sup>. Referem, porém, que o legislador não foi “particularmente prudente” no momento da definição do princípio da precaução, ao consagrá-lo conjuntamente com o princípio da prevenção, ao prever, nos termos do art.3º, al. c), que “A atuação pública em matéria de ambiente está subordinada, nomeadamente, aos seguintes princípios: (...) c) Da prevenção e da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos”.

Na opinião dos autores<sup>143</sup>, também partilhada por Alexandra Aragão<sup>144</sup>, apesar da consagração conjunta parecer resultar que o princípio da prevenção e princípio da precaução têm o mesmo objetivo, eles consubstanciam princípios autónomos, denotada pela utilização da conjunção copulativa “e” que o legislador recorre na elaboração deste preceito<sup>145</sup>. A diferença entre os dois princípios reside no seu âmbito de aplicação: o princípio da prevenção reporta-se a situação em que existe certeza científica quanto aos acontecimentos futuros, ao passo que o princípio da precaução é chamado a atuar nos casos de incerteza científica<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 78. e ARAGÃO, Alexandra, *op. cit.* na nota 113 p.17.

<sup>141</sup> NOBRE, Márcio Albuquerque; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, “O princípio da precaução: perspetivas de aplicação no âmbito ambiental e penal”, in *Revista de ciências Empresariais e Jurídicas*, v.26, 2015, pp.129.

<sup>142</sup> Lei nº19/2014, de 14 de abril, que define as bases da política de ambiente (LBA), *vide* <https://data.dre.pt/eli/lei/19/2014/04/14/p/dre/pt/html>

<sup>143</sup> NOBRE, Márcio Albuquerque; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, *op. cit.*, na nota 141pp.129 e 140, ponto 3.

<sup>144</sup> ARAGÃO, Alexandra, *op. cit.* na nota 113, p.17

<sup>145</sup> Alertando, contudo, os autores para a perigosidade do recurso a esta técnica legislativa. *Ibidem*, p.130, ponto 3.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p.130, ponto 4.

Face ao atual contexto das sociedades de risco e das incertezas científicas e jurídicas que dele advêm, questiona-se se o princípio da precaução, fundado neste espírito de responsabilidade ética e social, poderá ter alguma aplicabilidade no ordenamento jurídico-penal, nomeadamente, enquanto fundamento da responsabilidade criminal e de tutela da saúde pública, uma vez que, como referimos, a sua aceitação não é passível de unanimidade.

Responde-nos Susana Aires de Sousa<sup>147</sup> que, apesar da aplicação deste princípio, prévia e cautelarmente ao resultado danoso, se poder aparentar incoerente com a intervenção *a posteori* o direito penal, isto é, depois de se ter verificado o dano para o bem jurídico, o princípio da precaução pode ser convocado para o seio do direito penal no contexto das problemáticas das sociedades de risco por força do “conflito entre a necessidade e benefícios decorrentes do desenvolvimento tecnológico e a possibilidade e a plausibilidade de novos riscos dos quais pode derivar um resultado massificado de perigo ou lesão para bens jurídicos penalmente protegidos”.

Não obstante a circunstância amplamente aceitável e reconhecível de que o Direito Penal tem de fazer face aos problemas atuais com que é confrontado não se mostrando estanques às evoluções e dilemas sociais contemporâneos ele não pode, como afirma Faria Costa<sup>148</sup>, transformar-se num direito securitário de “tutela das inquietações dos membros da comunidade”, sob pena de deixar de cumprir a sua função de proteção de bens jurídicos reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica.

De forma a ultrapassar esta questão, Susana Aires de Sousa<sup>149</sup> entende pois que, por si só, o princípio da precaução não é suficiente para sustentar direta e exclusivamente a incriminação de uma conduta, dado o conflito evidente entre a previsibilidade exigida à intervenção penal e as incertezas científicas associadas aos novos riscos. Contudo, de um ponto de vista dogmático, ele contribuiu para que se formasse na comunidade um juízo positivo sobre a necessidade de proteção penal antecipada de bens jurídicos coletivos face a ameaças cientificamente comprovadas e passíveis de ameaçar de forma significativa a comunidade, contribuindo para a introdução de novos delitos com base no perigo<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.*, na nota 78, pp.629 e 630.

<sup>148</sup> Neste sentido, COSTA, José de Faria, *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº139, 2009, pp.50 e ss.

<sup>149</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de. *op. cit.*, na nota 78, pp.632 a 635.

<sup>150</sup> No mesmo sentido, NOBRE, Márcio Albuquerque; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, *op. cit.* p.143 e ss.

## CAPÍTULO III

### DA TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA

#### 1. A inserção dogmática dos ilícitos contra a saúde pública no âmbito dos crimes de perigo

Na senda do até aqui exposto, a teoria do bem jurídico-penal, mais do que *fundamentar* a intervenção penal reconduzida à proteção de bens jurídicos com dignidade penal por referência constitucional analógico-material, pretende *legitimá-la e limitá-la* às situações de carência penal, atuando o *critério da necessidade* enquanto “vínculo do legislador no momento em que este se decide pelo recurso, que deve ser de última instância, à criminalização de certos e determinados comportamentos”<sup>151</sup>.

Reconhecendo-se, como se referiu, uma ampla margem de discricionariedade ao legislador penal no que concerne à definição da política criminal, as opções legislativas tomadas pelo legislador penal aquando da criação das normas incriminadoras devem respeito aos princípios fundamentais do direito penal, designadamente, o princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal e o princípio da proporcionalidade. É por esta via que se determinará se a proteção da saúde pública se mostrará suficiente por recurso ao ilícito de mera ordenação social ou, se contrariamente e de forma subsidiária, essa proteção só consegue ser efetivada por recurso ao ilícito penal.

Referirmos anterior e oportunamente que, no que à saúde pública concerne, enquanto bem jurídico-penal coletivo e autónomo, as normas que a tutelam, em respeito ao princípio da proporcionalidade, nomeadamente ao critério da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal, assumirão a natureza de ilícito de mera ordenação social, apenas se justificando a intervenção do direito penal face a condutas que revelem a censura ética exigida pelo ilícito criminal o que, para Susana Aires de Sousa<sup>152</sup>, será alcançada pelo *potencial perigo* lesivo para a saúde e bem-estar da coletividade aduzido dessas mesmas condutas.

De acordo com a autora<sup>153</sup>, a perceção da relevância jurídico-dogmática dos novos problemas com que o direito penal contemporâneo se depara, nomeadamente, a

---

<sup>151</sup> Ac. do TC nº377/2015, Proc. nº658/2015, disponível <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>, ponto 10.2.

<sup>152</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.*, nota 98, p.149.

<sup>153</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.*, nota 59, pp.180 e 181.

tomada de consciência de que o indivíduo pode gerar riscos para a coletividade e afetá-la no seu todo, ao mesmo tempo que contribui para a incriminação de novos comportamentos, nomeadamente no sentido de apelar à proteção de direitos sociais e coletivos, fez-se sentir também ao nível da técnica legislativa, alterando o foco da gravidade do ilícito penal que passa da construção do ilícito penal fundado (apenas) na lesão do bem jurídico, para agora se justificar (também) pela *perigosidade da conduta do agente*.

A “perigosidade” constitui sustento para a construção de um novo tipo de ilícito penal, *os crimes de perigo*. Correspondendo o bem jurídico à “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante”<sup>154</sup>, será a forma como ele é posto em causa pela atuação do agente que, no entender de Figueiredo Dias<sup>155</sup>, vai permitir que ao nível da doutrina penal se distinga entre crimes de dano e crimes de perigo<sup>156</sup>.

Será neste âmbito que os crimes contra a saúde pública, por fundados numa *perigosidade da conduta dos agentes*, poderão ser perspetivados<sup>157</sup>, tornando-se relevante discorrer, ainda que brevemente, sobre a categoria dogmática dos crimes de perigo (concreto e abstrato) de forma a justificar a inserção dos crimes contra a saúde pública no seu âmbito, nomeadamente, no campo de atuação dos crimes de perigo abstrato.

Definindo-os em contraposição aos *crimes de dano*, em que o tipo incriminador exige a lesão efetiva do bem jurídico tutelado pela norma, Figueiredo Dias<sup>158</sup> refere que, por seu turno, nos *crimes de perigo*, não se exige a lesão efetiva do bem jurídico tutelado para afirmação do tipo incriminador. A lesão pode existir ou não, uma vez que a realização do tipo basta-se com a *mera colocação em perigo* do bem jurídico, distinguindo-se entre *crimes de perigo concreto* e *crimes de perigo abstrato*.

---

<sup>154</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.359, §44.

<sup>155</sup> *Ibidem*, pp.360-362 .

<sup>156</sup> Também sobre esta temática, SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 59. pp.200-202.

<sup>157</sup> Parece-nos ser esta a posição defendida Susana Aires de Sousa em SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* nota 95., p.151.

Para Almeida Costa, é o perigo para os bens jurídicos individuais causado pela violação das normas que tutelam a saúde pública que constitui o elemento fundamentador e constitutivo da saúde pública enquanto bem jurídico-penal coletivo autónomo e distinto daqueles bens jurídicos individuais. Nesta perspetiva, o autor concebe a saúde pública como um bem jurídico-meio sendo que a proteção da saúde pública uma tutela antecipada de bens jurídicos individuais, nomeadamente, da segurança, vida e saúde individuais dos membros da comunidade. Cf. Almeida Costa, “*Artigo 217º*”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 1999, p.750. Defendemos previamente e supra posição distinta, no sentido em que a saúde pública é um bem jurídico coletivo autónomo e não um mero bem jurídico-meio.

<sup>158</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, na nota 1, p.360, §45.

Concretizando tal distinção, explicita Figueiredo Dias <sup>159</sup> que nos *crimes de perigo concreto*, o perigo surge como *elemento do tipo*, ao passo que nos *crimes de perigo abstrato*, o perigo é apenas o *motivo da proibição legal*. Nesta última categoria, o legislador teve em conta o facto de que há certos *comportamentos* do agente que *podem* colocar em perigo o bem jurídico, fazendo valer aqui, nas palavras do autor uma “*presunção inelidível de perigo*”, condição pela qual o comportamento do agente é punido independentemente de esse perigo para o bem jurídico se ter efetivado ou não.

Reitera Figueiredo Dias<sup>160</sup> que “reconhecer-se como função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos não implica limitar a intervenção da sanção criminal apenas aos casos em que se verifique uma efetiva lesão do bem jurídico”, visto que muitas vezes o legislador sentirá a necessidade de “antecipar a tutela penal, criando um crime de perigo cuja realização típica não pressupõe a lesão, mas antes a mera colocação em perigo do bem jurídico protegido”<sup>161</sup>.

Contribuindo para a introdução dogmática dos crimes de perigo, afigura-se também o princípio da precaução. Não podendo, como referido *supra*, fundamentar a incriminação, o princípio da precaução pode funcionar enquanto critério orientador da decisão do legislador quanto à conveniência da intervenção penal e auxiliar na introdução e interpretação dos ilícitos, nomeadamente, dos crimes de perigo, posicionando-se assim Márcio Albuquerque Nobre e Fernanda G.G. Martins <sup>162</sup>. Referem os autores que, “no plano dogmático, o princípio (...) poderia ajudar a definir *ex ante* a perigosidade da ação nos crimes de perigo, delimitando “a perigosidade do comportamento incriminado em um delito de perigo abstrato”, não violando o princípio da legalidade criminal pelo facto de constituírem uma tutela avançada de bens jurídicos quando, entende Figueiredo Dias<sup>163</sup>, “visarem a proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p.166.

<sup>161</sup> No sentido da admissão da antecipação da tutela penal, também já se manifestou o TC que entende que a mesma é legítima enquanto assuma a “função de proteção de bens jurídicos que constitui o fundamento legitimador de qualquer sistema jurídico-penal característico de um Estado de direito”, concluindo a este propósito, que “É a própria necessidade de proteger os bens jurídicos e assegurar o livre desenvolvimento da pessoa humana que impõe a criação de incriminações de perigo”. *vide* Ac. TC nº426/91, Proc. nº183/90 (conselheiro Sousa e Brito), disponível em [https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#\\_edn1](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#_edn1)

<sup>162</sup> NOBRE, Márcio Albuquerque; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, *op. cit.* na nota143, p.134 e ss.

<sup>163</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 1, p.361, §46.

identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.

De tudo o que aqui foi dito, concluímos que os crimes contra a saúde pública deverão revestir a natureza dogmática de crimes de perigo abstrato incriminando condutas potencialmente lesivas para a saúde pública enquanto bem jurídico autónomo e individualizado. Há comportamentos do indivíduo que consubstanciam um meio capaz e adequado de colocar em perigo a saúde pública enquanto bem jurídico coletivo que carece de proteção, não necessitando como tal de haver uma concreta lesão para a saúde pública para que tais condutas sejam incriminadas, bastando-se com a mera *potencialidade* desse perigo existir. Contudo, esta será sempre, em última linha, uma decisão do legislador penal que, atendendo aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade do direito penal optará ou não por incriminar as condutas contra a saúde pública.

## 2. O paradigma atual da tutela penal da saúde pública em Portugal: “do nascimento, à morte”

No sentido de constatar se, por um lado, o ordenamento jurídico-penal português prevê normas incriminadoras que tutelam a saúde pública de forma imediata e autónoma e, por outro lado, averiguar se tal consagração é realizada por intermédio dos crimes de perigo ou por meio de outro ilícito penal, evidencia-se útil no momento presente da dissertação analisar as opções do legislador português quanto à tipificação e construção dos crimes contra a saúde pública,

Retratando a evolução da legislação penal em matéria de saúde pública, Susana Aires de Sousa<sup>164</sup> dá-nos conta que, se por um lado tem sido visível um movimento no sentido de admissão da legitimidade de bens jurídico-penais coletivos autónomos, dignos e carentes de tutela penal, nomeadamente e neste sentido, da saúde pública, facto é que a tutela deste bem jurídico tem evoluído no sentido da desproteção ao nível penal, sendo mesmo, refira-se, inexistente, privilegiando-se, antes, a sua proteção ao nível de legislação extravagante, e de forma bastante residual. Nas palavras da autora<sup>165</sup>, tal “pode ser apenas um sinal de uma evolução no sentido de um direito penal liberal, de *ultima ratio*, de pendor menor policial, ou pode antes significar, em alguma medida, uma vazio de tutela. Ou ambos...”.

Este “vazio de tutela” sentiu-se afirmando no ordenamento jurídico português, tomando de exemplo acontecimento mais recente para a memória do leitor, no momento da escolha do legislador quanto ao ilícito a que se socorreu o para criminalizar comportamentos em sede de pandemia, nomeadamente a “violação do confinamento obrigatório”.

As declarações do Estado de Emergência tendo vista a “*salvaguarda da saúde e segurança da população*”, referiram-se sempre a uma “*emergência de saúde pública*”, criminalizaram a conduta de violação do confinamento obrigatório, por se entender perigosa para a saúde pública por colocar causa a segurança e o bem-estar da comunidade,

---

<sup>164</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit* nota 98, p.138 e ss.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.139.

recorrendo ao *crime de desobediência*<sup>166</sup>, ilícito criminal que não tutela o bem jurídico saúde pública, mas antes o bem jurídico “*autonomia intencional do estado*”<sup>167</sup>.

Muito se discutiu a nível doutrinal a propósito da legitimidade da escolha desta incriminação para tutelar comportamentos suscetíveis de colocar em perigo a saúde pública<sup>168</sup>, nomeadamente por existir entre nós a previsão legal, ao nível do CP, do *crime de propagação de doença contagiosa*. Contudo, como veremos infra, este ilícito penal não poderia servir de suporte à incriminação de tais comportamentos, desde logo, porque o bem jurídico que serve de padrão crítico a esta incriminação não é a saúde pública (pelo menos de forma imediata), mas antes a vida e a integridade física do indivíduo.

De facto, nem este, nem qualquer outro ilícito criminal o poderia fazer, uma vez que não existe ao nível do CP, nem em legislação extravagante, qualquer ilícito criminal que concretize a proteção da saúde de forma imediata. Esta é uma conclusão rapidamente absorvida dada organização sistemática do CP em função dos bens jurídico-penais.

Prontamente podemos constatar que não existe no atual CP<sup>169</sup> a previsão de qualquer ilícito criminal que tutele diretamente a saúde pública. De forma diversa, a

---

<sup>166</sup> Art.348º do CP. Sobre o crime de desobediência, MONTEIRO, Cristina Líbano, “Artigo 348º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, T. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp.349 e ss.

<sup>167</sup> No primeiro momento em que foi decretado (período que durou desde 18 de março de 2020 a 2 de maio de 2020), o crime de desobediência foi a figura escolhida pelo Governo para reforçar a efetividade das normas que prescreveu no âmbito da execução do Estado de Emergência. Durante este período, a execução do Estado de Emergência foi concretizada através dos Decretos do Governos nº2-A/2020, de 20 de março, nº2-B/2020, de 2 de abril (1ª renovação do Estado de Emergência) e nº2-C/2020, de 17 de abril (2ª renovação do Estado de Emergência), estabelecendo no art.3º/2, que “*constituía crime de desobediência a violação do confinamento obrigatório*” nos casos em que era imposto Legislação disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec/2-a/2020/03/20/p/dre/pt/html>, <https://data.dre.pt/eli/dec/2-b/2020/04/02/p/dre/pt/html> e <https://data.dre.pt/eli/dec/2-c/2020/04/17/p/dre/pt/html>.

<sup>168</sup> No sentido da legitimidade, leia-se LAMAS LEITE, André, “*Desobediência em tempos de cólera: a configuração deste crime em Estado de Emergência e em situação de calamidade*”, in *Revista do Ministério Público, Número Especial COVID-19*, ano 41, junho 2020, pp.165-191; e MAGALHÃES, Vânia Filipa, “*Reflexões sobre o crime de desobediência em Estado de Emergência*”, in *Revista Julgar*, março de 2020, vide <http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-deemergencia/>. Em sentido contrário, SILVA, Sandra Oliveira e, “*Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas “irresponsáveis” de contágio?*”, in *Revista do Ministério Público, Número Especial COVID-19*, ano 41, junho 2020, pp.193-224 ; GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado de exceção no Direito Constitucional: uma introdução*, in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/26/o-estado-de-excecao-no-direitoconstitucional-uma-introducao/>; SOUSA, Susana Aires de, *op. cit.* na nota 98, pp.129-163, OLIVEIRA, Alexandre Au-Yong, *O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições de deslocação e fixação – breves notas*, in: AA. VV., *Estado de Emergência – COVID 19. Implicações na Justiça*, Lisboa: CEJ, 2020, pp.431, [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_Covid19.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf).

<sup>169</sup> CP de 1982, aprovado pelo DL 400/82, de 23 de setembro, na sua versão consolidada posterior à reforma de 1995 efetuada pelo DL 48/95, de 15 de março (versão atual, vide <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>)

versão anterior de 1886<sup>170</sup> dedicava-se expressamente aos “*Crimes contra a saúde pública*” na Secção II (artigos 258º a 251º), compreendida no Cap. VII – “Da violação das leis sôbre imunações e da violação dos túmulos e dos crimes contra a saúde pública”, inserido no Título III – “Dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública”.

O referido texto penal punia condutas como a *venda ou subministração de substâncias venenosas ou abortivas sem autorização e sem as formalidades exigidas* (art.248º)<sup>171</sup>, *a alteração de géneros destinados ao consumo público tornando-os nocivos para a saúde pública, bem como a sua venda* (artigo 251º)<sup>172</sup>, ou o ato de *tornar a água que se bebe impura ou nociva para a saúde* (artigo 251º, § 2º, 2º)<sup>173</sup>.

Com o objetivo de conferir uniformidade à tutela da saúde pública (e da economia nacional), autonomizando formalmente as incriminações relativas a essa proteção, surge o Decreto Lei nº 41 204, de 24 de julho de 1957<sup>174</sup> que prevê os crimes contra a saúde pública na Subsecção I – “Das infrações contra a saúde pública”, inserida na Secção II – “Das infrações em especial”, compreendida no Cap. I – “Das infrações e das penas”, consagrando, nomeadamente, os *ilícitos criminais de matança clandestina*

---

<sup>170</sup> “Código penal: aprovado por decreto de 16 de setembro de 1886”, in *Leis, decretos, etc.*, ed. oficial, Lisboa: Imprensa Nacional, 1926.

<sup>171</sup> “Art.248º do CP de 1886: “Aquele que expozer à venda, vender ou subministrar substâncias venenosas ou abortivas, sem legítima autorização e sem as formalidades exigidas pelas respetivas leis ou regulamentos, será condenado à pena de prisão correccional não inferior a três meses e multa correspondente.”

<sup>172</sup> Art.251º do CP de 1886: “Aquele que de qualquer modo alterar géneros destinados ao consumo público, de forma que se tornem nocivos à saúde, e os expozer à venda assim alterados, e bem assim aquele que do mesmo modo alterar géneros destinados ao consumo de alguma ou de algumas pessoas ou que vender géneros corrutos, ou fabricar ou vender objetos, cujo uso seja necessariamente nocivo à saúde, será punido com prisão de dois meses a dois anos, e multa correspondente, sem prejuízo da pena maior se houver lugar.”

<sup>173</sup> Art.251º do CP de 1886: “§ 2º. Será punido com a mesma pena: (...) 2º O que lançar em fonte, cisterna, rio, ribeiro, ou lago, cuja água serve á bebida, qualquer coisa que torne a agua impura ou nociva à saúde.”

<sup>174</sup> Vide <https://files.dre.pt/1s/1957/07/16700/07550761.pdf>.

(artigo 13º e ss.)<sup>175</sup>, violação do dever de asseio e de higiene (artigo 16º)<sup>176</sup> e falsificação de géneros alimentícios (artigo 17º)<sup>177</sup> e sua comercialização (artigo 18º)<sup>178</sup>

Apesar de este diploma legal materializar a proteção da saúde pública de forma autónoma e sistemática<sup>179</sup> evidenciando a sua dignidade enquanto bem jurídico-penal e a necessidade da sua proteção<sup>180</sup>, ao revogar determinadas normas do CP de 1886<sup>181</sup> (nomeadamente, o artigo 251º relativo à alteração de géneros destinados ao consumo público tornando-os nocivos para a saúde pública, bem como a sua comercialização), gerou como “contra-resultado” uma *restrição da tutela da saúde pública aos bens alimentares nocivos para a saúde pública* (dado que o artigo 251º, agora revogado, abrangia no seu âmbito de proteção a adulteração de qualquer “género destinado ao consumo público”, e não apenas a de “géneros alimentícios”), como se pode concluir do texto de Augusto Silva Dias<sup>182</sup>. Não deixou, contudo, de ser um primeiro e importante

---

<sup>175</sup> Artigo 13º do DL nº 41 204 (Matança clandestina): “1. Os que abaterem reses impróprias para o consumo e a este as destinarem, conhecendo o seu estado, serão punidos com prisão de três dias a dois anos e multa, se pena mais grave lhes não couber nos termos da lei geral. 2. Em igual pena incorrem aqueles que, por qualquer modo aproveitarem para alimentação de outrem a carne das reses impróprias para consumo ou das que hajam morrido de doença, desde que, num ou outro caso, conheçam o seu efeito.”

<sup>176</sup> Art.16º DL nº 41 204 (Dever de asseio e de higiene): “1. Todo aquele que fabricar, manipular, armazenar, transportar ou vender géneros alimentícios infringindo as obrigações fixadas na lei ou em regulamentos especiais para a salvaguarda do asseio e higiene incorrerá em multa de 200\$ a 5.000\$”

<sup>177</sup> Art.17º DL nº 41 204 (Falsificação de géneros): “1. A falsificação de géneros é punível: a) (...) quando os géneros falsificados sejam, por sua natureza, suscetíveis de prejudicar a saúde do consumidor; b) (...) quando, não sendo nocivos para a saúde do consumidor, os géneros falsificados forem, todavia, impróprios para o consumo; c) (...) sendo a falsificação (alteração) nociva à saúde, houver mera negligência do infrator. 3. A falsificação compreende a (...) contrafação, (...) e a alteração.”

<sup>178</sup> Art.18º DL nº 41 204 (Comércio de géneros falsificados): “1. A venda ou a exposição à venda, bem como a aquisição, transporte ou armazenamento para comércio de géneros alimentares falsificados, avariados ou corruptos, são puníveis (...)”.

<sup>179</sup> Tal como resulta no Preâmbulo do DL nº41 204, o diploma teve como objetivo “reunir, coordenar e sistematizar a legislação dispersa, integrar as lacunas cuja existência maiores dúvidas e embaraços haja suscitado na jurisprudência dos nossos tribunais, ajustar o rigor das sanções cominadas para as diversas infrações às necessidades dos tempos presentes (...) e afastar (...) os desvios às regras normais de competência ou ao formalismo processual comum que mêm mostrem verdadeiramente desnecessários”. Sobre os motivos que estiveram na base da criação deste diploma leia-se a obra de Eduardo Arala Chaves, à data Procurador da República junto da Relação de Lisboa, que participou na preparação do DL nº42 204. CHAVES, Eduardo Arala, “*Delitos Contra a Saúde Pública e Contra a Economia Nacional*”. *Legislação. Trabalhos Preparatórios. Anotações e Comentários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1961.

<sup>180</sup> O que também é demonstrado pela decisão do Governo em manter o já existente “Tribunal Coletivo dos Géneros Alimentícios”, enquanto tribunal especializado para julgar as questões atinentes à proteção da saúde pública (ponto 2 do DL nº41 204)

<sup>181</sup> Art.54º do DL.

<sup>182</sup> A este propósito, DIAS, Augusto Silva, “*Entre “comes e bebes”*: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.486., p.50 e ss.

passo dado no sentido da demonstração da importância da tutela penal, imediata e autonomizada, da saúde pública.

O Decreto Lei nº41 204 foi posteriormente revogado pelo CP de 1982<sup>183</sup>, que retornou ao seu corpo legal a previsão e a tutela autónomas dos crimes contra a saúde, dedicando-lhe uma secção própria na Parte Especial, a Secção II – “Dos crimes contra a saúde”, no Cap. III – “Dos crimes de perigo comum”, inserido no Título III – “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”.

Em suma, a tutela da saúde (individual e pública) no CP de 1982 estava consagrada nos artigos 269º a 276º que, a saber, incriminavam as condutas de *contaminação e envenenamento de água* (artigo 269º)<sup>184</sup>, *propagação de doença contagiosa* (artigo 270º)<sup>185</sup>, *difusão de epizootias* (artigo 271º)<sup>186</sup>, *deterioração de alimentos destinados a animais* (artigo 272º)<sup>187</sup>, *corrupção de substâncias alimentares*

---

<sup>183</sup> Art.6º, nº2 do DL nº400/82, de 23 de setembro, que revoga, a este respeito os arts.16º a 19º do DL nº 41 204, *vide* [https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/400-1982-319744?\\_ts=1654473600034](https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/400-1982-319744?_ts=1654473600034)

<sup>184</sup> “Art.269º (Contaminação e envenenamento de água): 1 – Quem corromper, contaminar ou poluir, por meio de veneno ou outras substâncias prejudiciais à saúde, água que possa ser utilizada para consumo humano, criando um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de outrem (...).”

<sup>185</sup> “Art.270º (Propagação de doença contagiosa): 1 – Quem propagar doença contagiosa, criando um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade de um número indeterminado de pessoas (...).” O nº2 do art.270º, previa ainda que este crime fosse agravado, nos termos do previsto no art.267º do mesmo Código, no caso da conduta do agente propagador de doença contagiosa ter provocado uma “epidemia por meio de difusão de gérmens bacteriológicos ou vírus”.

<sup>186</sup> “Art.271º (Difusão de epizootias): 1- Quem difundir doença, praga, planta ou animal nocivo de natureza a causar dano a um número considerável de animais domésticos, ou quaisquer outros animais úteis ao homem (...).”

<sup>187</sup> “Art.272º (Deterioração de alimentos destinados a animais): 1 – Quem manipular, fabricar ou produzir, importar, armazenar, puser á venda ou em circulação alimentos ou forragens destinados a animais domésticos alheios, de forma a criar perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física dos referidos animais (...).”

ou para fins medicinais (artigo 273º)<sup>188</sup>, alteração de análises (artigo 274º)<sup>189</sup>, alteração de receituário (artigo 275º)<sup>190</sup> e recusa de facultativo (artigo 276º)<sup>191</sup>.

A sistematização elaborada pelo legislador penal, reunindo na mesma secção as normas que tutelam as condições de segurança e de saúde dos indivíduos da comunidade, deu um destaque inegável à saúde pública enquanto bem jurídico coletivo, digno de tutela penal e capaz de cumprir a função de padrão crítico da incriminação.

A partir de 1984, a tutela da saúde pública passou a ser efetivada pelo recurso simultâneo a dois diplomas legais: o CP de 1982 (através dos referidos artigos 269º a 272º) e o Decreto Lei nº 28/84, de 20 de janeiro de 1984<sup>192</sup> que, revogando o Decreto Lei nº 41 204, de 24 de julho de 1957, vigora até aos dias atuais (com as sucessivas alterações) prevendo as “Infrações Antieconómicas e Contra a Saúde Pública”.

Este diploma dedica, também, uma secção específica à proteção dos crimes contra a saúde pública, *Subsecção I – “Crimes contra a saúde pública”*, inserida na *Secção II – “Dos crimes em especial”*, no âmbito do *Cap. II – “Dos crimes contra a economia e contra a saúde pública”*. Contudo, tal proteção esgota-se na previsão de um único crime, ao abrigo do artigo 22º, relativo ao crime de “*abate clandestino*”<sup>193</sup>.

O Decreto Lei nº 28/84 foi promulgado, assim, com o intuito de complementar o CP no que à matérias dos crimes contra a saúde pública diz respeito, como o próprio

---

<sup>188</sup> “Art.273º (Corrupção de substâncias alimentares ou para fins medicinais): 1 – Quem, Quem, no aproveitamento, produção, confecção, fabrico, serviço, embalagem, transporte, tratamento ou outra qualquer actividade que sobre elas incida, de substâncias destinadas a consumo alheio, para serem comidas, mastigadas, bebidas, para fins medicinais ou cirúrgicos, as corromper, falsificar, alterar, reduzir o seu valor nutritivo ou terapêutico, ou lhes juntar ingredientes, de forma a criar perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde e integridade física alheias (...)”

<sup>189</sup> “Art.274º (Alteração de análises): 1 - O médico analista ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório que fornecer dados ou resultados inexactos na elaboração de análise clínica, radiografia, electrocardiograma, encefalograma ou de qualquer outro exame ou registo auxiliar de um diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, criando um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de outrem (...)”

<sup>190</sup> “Art.275º (Alteração de receituário): 1- O farmacêutico ou seu empregado que fornecer substâncias medicinais em desacordo com o que estava prescrito na receita médica, criando um perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física de outrem (...)”.

<sup>191</sup> “Art.276º (Recusa de facultativo): 1 - O médico que recusar o auxílio da sua profissão, em caso de perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física de outrem (...)”

<sup>192</sup>DL nº 28/84, de 20 de janeiro de 1984, Vide [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=172&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=172&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=)

<sup>193</sup> Art.22º do DL nº 28/84 (Abate clandestino): “1 – Quem abater animais para consumo público: a) Sem a competente inspeção sanitária; b) Fora de matadouros licenciados ou recintos a esse efeito destinados pelas autoridades competentes; ou c) De espécies não habitualmente usadas para alimentação humanas, (...)”

Preâmbulo esclarece<sup>194</sup>. O Decreto Lei nº 41 204 já previa, nos artigos 13º a 15º o abate de reses impróprias para consumo e a violação das regras sanitárias, contudo, refere Susana Aires de Sousa<sup>195</sup>, previa-o “com considerável amplitude”, sendo que o agora artigo 22º do Decreto Lei nº28/84 veio proceder a uma restrição e densificação do seu âmbito de aplicação, esgotando em si a previsão dos crimes contra a saúde pública e concebendo ao direito contraordenacional a “primazia na defesa da saúde”.

A opção legislativa materializada na mínima intervenção penal no âmbito da proteção da saúde pública é, no entender da autora<sup>196</sup>, consequência direta da “extensão e dificuldade de concretização da saúde pública enquanto bem jurídico-penal”, questão que já tivemos oportunidade de abordar previamente nesta dissertação, percorrendo um longo caminho até à conclusão pela admissão da saúde pública enquanto bem jurídico-penal autónomo e digno de tutela penal.

Como faz notar Susana Aires de Sousa<sup>197</sup>, a tutela da saúde pública encontrava-se nesta fase dispersa por vários diplomas extravagantes; porém, todo este paradigma viria a ser alterado com a reforma do CP levada a cabo em 1995, que eliminou os crimes contra a saúde pública do seu catálogo. Este é, provavelmente, um dos marcos legislativos mais decisivos no que à tutela penal da saúde pública diz respeito, uma vez que é neste momento, sublinha<sup>198</sup>, que a saúde pública perde o estatuto de bem jurídico-penal no CP, “deixando de cumprir qualquer das funções atribuídas a esta categoria: deixa de ter relevância sistemática e de orientar criticamente a tipificação de qualquer incriminação”, pelo que, conseqüentemente, as incriminações que subsistiram após esta reforma, passaram a tutelar de forma imediata bens jurídicos individuais de determinado sujeito, como a vida e a integridade física.

---

<sup>194</sup> DL nº 28/84, *op. cit.* ponto 6, al. e): “Tipificou-se, em novos moldes, o crime de abate clandestino, único tipo incluído nas infracções contra a saúde, por se afigurar que o respectivo comportamento não se subsumiria adequadamente nos tipos previstos no Código Penal, a despeito de se tratar de tipos bastante alargados de crimes contra a saúde”.

<sup>195</sup> Sobre a previsão do crime de abate clandestino no DL nº28/84, SOUSA, Susana Aires de, “*A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção de interesses do consumidor*”, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.573 e ss. e SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* nota 98, p.142.

<sup>196</sup> SOUSA, Susana Aires de, *op. cit.* nota 195, p.574

<sup>197</sup> *Ibidem*, p.574, nota 164

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* nota 98, p.142.

Exemplo paradigmático da consequência descrita e que no âmbito deste estudo merece nota individual é, como realça a autora<sup>199</sup>, o crime de propagação de doença contagiosa, cuja realização típica depende agora da verificação de “um perigo concreto para a *vida* ou de um perigo grave para a *integridade física* de alguém”.

A análise elaborada relativamente à evolução da tutela penal da saúde pública em Portugal, permite concluir que a sua proteção se encontra atualmente reduzida ao crime de abate clandestino protegido ao abrigo do Decreto Lei nº28/84, o que se traduz, recuperando a ideia postulada por Susana Aires de Sousa com que se serviu de mote, numa afirmação de um direito penal de *ultima ratio* (ao relegar a proteção da saúde pública para o âmbito do direito administrativo), mas também numa tendência negativa de desproteção da saúde pública ao nível das incriminações penais notando um autêntico “vazio legal” nesta matéria.

---

<sup>199</sup> *Ibidem.*

### **3. O caso concreto do crime de propagação de doença contagiosa: uma perspetiva crítica**

Sendo objetivo marcado desta dissertação sustentar a vacinação como meio adequado a proteger a saúde pública, logrando a possibilidade da sua legítima imposição estadual, apresenta-se pertinente abordar o ilícito criminal de propagação de doença contagiosa, dado ser objetivo da vacinação (e de uma possível imposição) mitigar a disseminação das mesmas em prol de uma proteção efetiva da saúde pública.

A questão de saber se a propagação de doença contagiosa deve ser incriminada é, nas palavras de Nuno Igreja Matos, uma “dúvida imemorável, mas torna-se urgente sempre que uma nova doença pessoalmente transmissível ameaça as condições de saúde individual e pública a uma escala relevante”<sup>200</sup>.

A preocupação estadual e legislativa face às doenças contagiosas não é nova, mas surge reforçada no momento atual em que assistimos, atravessamos e sofremos as consequências de uma pandemia originada pela disseminação em massa de um vírus altamente contagioso provocado pela COVID-19, reintroduzindo a necessidade de abordar esta temática.

Transpondo o pensamento de Luis Arroyo Zapatero <sup>201</sup>, por neste âmbito se afigurar análogo, este contexto concretizou-se num momento “revitalizador da preocupação da intervenção do Direito Penal face à transmissão ou contágio de doenças infecciosas”.

O crime de propagação de doença contagiosa encontra previsão atual ao nível do artigo 283º, nº1, al. a) do CP<sup>202</sup>, no Título IV – “Dos crimes contra a vida em

---

<sup>200</sup> MATOS, Nuno Igreja, “O Direito Penal contaminado: breve notas sobre o crime e a (propagação de) doença”, Parte I, abril de 2020, in *Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, disponível em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/23/o-direito-penal-contaminado-por-nuno-igreja-matos/>

<sup>201</sup> ARROYO ZAPATERO, L., “*La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida*”, in *Derecho y salud*, Vol. 4, N.º 1, 1996, p. 210

<sup>202</sup> Artigo 283º do Código Penal (Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário):

“1 -Quem:

a) Propagar doença contagiosa;

b) Como médico ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório, ou pessoa legalmente autorizada a elaborar exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, fornecer dados ou resultados inexatos; ou

c) Como farmacêutico ou empregado de farmácia fornecer substâncias medicinais em desacordo com o prescrito em receita médica; e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

sociedade”, Cap. III – “dos crimes de perigo comum”. A norma legal consagra simultaneamente o *crime de alteração de análise* (artigo 283º, nº1, al. b) do CP) e o *crime de alteração de receituário* (artigo 283º, nº1, al. c) do CP).<sup>203</sup>

Na anterior redação de 1982<sup>204</sup>, os três tipos normativos eram previstos de forma autónoma<sup>205</sup>, dedicando o CP uma secção exclusiva à tutela dos “crimes contra a saúde”, na Secção II, Cap. III – “Dos crimes de perigo comum”, Título III – “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”.

O ilícito típico de propagação de doença contagiosa encontrava-se previsto autonomamente no artigo 270º do CP<sup>206</sup>. Nos termos nº2, a moldura penal do crime de propagação de doença contagiosa prevista no nº1 seria agravada se o agente com o seu comportamento causasse uma *epidemia* por meio da *proliferação de germes bacteriológicos ou vírus*<sup>207</sup>. Esta agravação denota, sem dúvida alguma, o expressar de uma preocupação do legislador penal com tais comportamentos, ciente da sua gravidade para a saúde da comunidade.

O artigo 270º do CP de 1982 concebe o crime de propagação de doença contagiosa como um crime contra a saúde pública, tendo como pressuposto o perigo para

---

3 - Se a conduta referida no nº 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

<sup>203</sup> Comentário ao crime de propagação de doença contagiosa (art.283º do CP), *vide*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Art.283º”, in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Ed., atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1010 a 1011; CUNHA, J. M. Damião da, “Art.283º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 1006 a 1016; PEREIRA, Vítor de Sá/LAFAYETE, Alexandre, “Art.283º”, in *Código Penal Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar*, 2ª Ed., Lisboa: Quid Juris?, 2014, pp. 793-796

<sup>204</sup> CP português de 1982, versão originária do DL nº400/82, de 23 de setembro, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=101&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=)

<sup>205</sup> Arts.270º (crime de propagação de doença contagiosa), 274º (crime de alteração de análise) e 275º (crime de alteração de receituário).

<sup>206</sup> Art.270º do CP de 1982 (Propagação de doença contagiosa):

“1 - Quem propagar doença contagiosa, criando um perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de um número indeterminado de pessoas, será punido com prisão de 1 a 5 anos e multa de 100 a 150 dias.

2 - É aplicável ao crime previsto no número anterior o que fica disposto no artigo 267.º A mesma agravação terá lugar quando o agente actuou por baixa de carácter ou quando causou a epidemia por meio da difusão de germens bacteriológicos ou vírus.

3 - Se a conduta descrita no n.º 1 deste artigo for imputável a título de negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa até 60 dias. Tratando-se, todavia, da infracção, por médico, da obrigação de participar doença contagiosa, a pena será a de prisão de 6 meses a 2 anos.”

<sup>207</sup> Art.267º do CP de 1982 (Agravação): “Quem, através dos crimes descritos nos artigos anteriores, causar, com negligência, a morte ou lesão corporal grave de outrem será punido na moldura penal que ao caso caberia, agravada de metade.”

um número indeterminado de pessoas<sup>208</sup>. O legislador penal de 1982 consagrou desta forma uma reação expressa contra as condutas de propagação de doença contagiosa, referindo-se de modo particular aos casos em que da sua propagação resultava uma “*epidemia por meio da difusão de germens bacteriológicos ou vírus*”.

A reforma ao CP de 1995, levada a cabo pelo Decreto-Lei nº 48/95, alterou a sua sistematização passando o crime de propagação de doença contagiosa a ser previsto no artigo 283º do CP, em conjunto com os tipos criminais de alteração de análise e alteração de receituário, mantendo-se, desde então, a redação normativa que hoje conhecemos.

O bem jurídico protegido pela incriminação já não é a saúde pública, enquanto bem jurídico coletivo, mas antes os bens jurídicos individuais *vida e integridade física* do indivíduo que se vê afetado pela propagação da doença contagiosa<sup>209</sup>.

Damião da Cunha<sup>210</sup> refere que a sistematização unitária levada a cabo pelo CP de 1995 justificou-se pela relação estabelecida entre os tipos criminais no sentido em que todos eles exigiam a criação de um *perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem* (bens jurídicos individuais) para se afirmarem, procedendo-se a uma “simplificação e tratamento uniforme” dos tipos legais.

No entanto, salienta que as condutas se diferenciam quanto ao *tipo de perigo*, referindo que no âmbito da al. a) do artigo 283º, nº1 do CP, no crime de propagação de doença contagiosa embora se trate também de um perigo para uma pessoa concreta, “esta surge não apenas como a vítima do crime, mas verdadeiramente como representante da comunidade – ela é (...) a concretização do *perigo para a sociedade* que decorre da conduta”<sup>211</sup>. O ilícito criminal tem como nota característica a criação de um *perigo difuso* identificado pela criação da ameaça de um perigo simultâneo para uma generalidade indiferenciada ou indeterminável de pessoas ou de bens. Damião da Cunha<sup>212</sup>, refere que a avaliação do perigo deve ser feita *ex ante* no sentido em que “se dessa avaliação (...) resulta que pode ser posta em perigo uma multiplicidade de pessoas, representativas da comunidade, verificar-se-á o perigo comum, mesmo que só uma delas tenha sido, de facto, posta em perigo”. Explicativa desta “dinâmica” é a formulação teorizada por Faria

---

<sup>208</sup> CUNHA, J. M. Damião da, “*op. cit.* na nota 202, p.1006.

<sup>209</sup> Comentário ao crime de propagação de doença contagiosa (art.283º do CP), *op. cit.* nota 202, nomeadamente, p. 1010, ponto 2; p. 1007; e p.794

<sup>210</sup> CUNHA, J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, pp. 1006 e 1007.

<sup>211</sup> CUNHA, J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, p.1007.

<sup>212</sup> *Ibidem* p.1007.

Costa<sup>213</sup> que caracteriza os crimes de perigo comum como aqueles em que “o perigo (...) ameaça simultaneamente a vida de A, B e C”.

Previsto enquanto *crime de perigo comum*<sup>214</sup>, o crime de propagação de doença contagiosa pode ser cometido por “qualquer pessoa (...) mesmo que dela não seja portadora”, assim o caracteriza Damião da Cunha<sup>215</sup>.

Quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos (vida e integridade física), o crime de propagação de doença contagiosa é um *crime de perigo concreto*<sup>216</sup>. Nos crimes de perigo concreto o perigo criado pela conduta do agente faz parte do tipo, sendo necessário que os bens jurídicos tutelados pela norma tenham efetivamente sido postos em perigo, concretiza Figueiredo Dias<sup>217</sup>. Desta forma, no crime de propagação de doença contagiosa enquanto um crime de perigo concreto o perigo é um elemento do tipo, sendo que a concretização do ilícito criminal exige que o agente pratique uma *conduta de propagação de doença contagiosa* e que, cumulativamente, *dessa conduta resulte um perigo concreto para a vida ou um perigo grave para a integridade física de outrem*<sup>218</sup>.

Relativamente ao perigo criado para a integridade física, o legislador exige que esse perigo seja *grave*. Damião da Cunha<sup>219</sup> entende que esta previsão tem como significado que a concretização do tipo legal não se basta com um qualquer perigo para a integridade física tendo ele de ser, refere, um “perigo grave num duplo sentido: no sentido da alta probabilidade da ofensa à integridade física e no sentido da alta probabilidade de uma ofensa grave”, atuando a exigência de “perigo grave” também como “elemento limitador do âmbito da punibilidade”, exigindo-se que se trata aqui de doenças contagiosas “com alta probabilidade” de lesar a integridade física e que essa lesão seja grave. Não poderemos remeter a este artigo, por exemplo, uma simples gripe (apesar de biologicamente também conferir uma doença contagiosa), mas antes doenças como a SIDA, a cólera, o sarampo e mesmo a COVID-19, isto é, doenças que pelas suas

---

<sup>213</sup> COSTA, José de Faria, *op. cit.* nota 54, p.534

<sup>214</sup> Sobre o conceito de “crime de perigo comum”, COSTA, José de Faria, “Art.272º”, p.866; FARIA, Paula Ribeiro de, “Art.275º”, p.889 e “Art.277”, p.912; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Art.280º”, p.980 e CUNHA, J. M. Damião da, “Art.283º” p.1007, todos in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

<sup>215</sup> CUNHA, J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, p.1009. Destaca, contudo, a infração cometida por médico, p.1009, §10.

<sup>216</sup> Comentário ao crime de propagação de doença contagiosa (art.283º do CP), *op. cit.* na nota 202, nomeadamente, p. 1010, ponto 3; pp. 1006 a 1016; pp. 793-796.

<sup>217</sup> Sobre os crimes de perigo concreto, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 1, p.360, §45.

<sup>218</sup> CUNHA J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, p.1008

<sup>219</sup> *Ibidem*, p.1010.

consequências causem um verdadeiro perigo para a vida ou um perigo grave para a integridade física do infetado.

Acrescenta ainda o autor<sup>220</sup> que a opção do legislado penal em autonomizar o perigo como elemento do tipo tem como objetivo alertar para o facto de que, no âmbito de aplicação do ilícito criminal em causa apenas relevam as doenças contagiosas consideradas mais gravosas por suscetíveis de produzir o perigo típico (perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física).

Reconhecendo a dificuldade em definir o que se entende por doença contagiosa grave, Damião da Cunha <sup>221</sup> entende que em causa estará uma doença contagiosa “adequada a produzir o perigo nele referido, pelo que dependerá do caso concreto” Ao se referir a uma “doença contagiosa”, o autor entende<sup>222</sup> que o artigo 283º, nº1, al. a) do CP “abrande todo o tipo de doenças (independentemente de ser necessária a sua declaração obrigatória, de serem de origem conhecida ou desconhecida) que se possam ser consideradas de contágio”, referindo *expressamente* que “a difusão de vírus ou germes patogénicos desconhecidos, ou recentes, com efeito de contágio será abrangida por este tipo de crime”.

Salientando esta dificuldade, Vítor de Sá Pereira e Alexandre Lafayete <sup>223</sup> referem que deverá existir assim uma “*relação de causalidade* entre uma *doença* e o *perigo de contágio* pela mesma gerado” numa “perspetiva de *adequação*”, nos termos do artigo 10º, nº1 do CP<sup>224</sup>.

No crime de propagação de doença contagiosa, o agente tem assim de “propagar a doença contagiosa” e, sendo essa conduta adequada a criar um perigo para a vida ou um perigo grave para a integridade física, ela produzir um resultado lesivo, traduzido na contaminação do agente infetado.

Por fim, quanto à conduta, Paulo Pinto Albuquerque<sup>225</sup> qualifica a o crime de propagação de doença enquanto um *crime de resultado*, exigindo-se a consumação do

---

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.1008

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 1008, §7 e §8

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 1008, §8

<sup>223</sup> PEREIRA, Vítor de Sá/LAFAYETE, Alexandre, *op. cit.* na nota 202, ponto 4, p. pp. 794.

<sup>224</sup> Art.10º do CP (Comissão por ação e por omissão): “1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei

<sup>225</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Art.283º”, *op. cit.* na nota 202, p. 1010, ponto 3.

ataque ao objeto da ação. Esclarece-nos a este propósito Figueiredo Dias<sup>226</sup>, referindo que nos crimes de resultado, “o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da atividade do agente”, correspondendo a “consumação” a uma “*alteração externa espaço-temporal distinta da conduta*”. No crime de propagação de doença contagiosa a conduta do agente corresponde “à propagação de uma doença contagiosa”, consumando-se numa infeção do indivíduo infetado enquanto consequência dessa conduta.

O artigo 283º, nº1, al. a) do CP salienta a autonomia entre a conduta de perigo e o resultado de contaminação ao referir expressamente que da conduta de propagação de doença contagiosa tem de resultar um perigo para a vida ou um perigo grave para a integridade física de outrem ao socorrer-se da expressão “*criar deste modo*”. Diferentemente, o anterior artigo 270º do CP original sugeria uma relação de continuidade entre a propagação e o perigo ao optar pela expressão “*criando*”. Nos termos da atual redação do crime de propagação de doença contagiosa, o perigo terá de resultar da contaminação, sendo que o raciocínio contrário já não será válido, isto é, não podemos deduzir a existência de perigo apenas porque houve contaminação.

Como esclarece Figueiredo Dias<sup>227</sup>, não estamos perante um delito de aptidão (ou de perigo potencial<sup>228</sup>), em que o tipo legal se basta com a adequação da conduta à produção do perigo. Pelo contrário, no que diz respeito à lesão dos bens jurídicos estamos antes perante um *crime de perigo concreto*<sup>229</sup>, em que o tipo objetivo apenas se preenche com a criação de um determinado perigo para o bem jurídico protegido, e que no caso do crime de propagação de doença corresponde à criação de um perigo concreto para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem.

Esta autonomia entre a conduta de propagação de doença contagiosa e o perigo que dela resulta (ou não) é evidente se atentarmos no exemplo do caso dos portadores do vírus provocado pela COVID-19 que não manifestam qualquer sintoma, traduzindo situações em que existiu uma conduta de propagação de doença contagiosa, mas não foi criado um perigo para a vida ou um perigo grave para a integridade física da pessoa uma vez que o sujeito contaminado não desenvolveu sintomas. O ilícito penal de propagação

---

<sup>226</sup> Sobre os crimes de resultado, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 1, p.356, §38.

<sup>227</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.45

<sup>228</sup> A este propósito, como veremos infra, o ordenamento jurídico italiano, no art.452º do CP italiano, não exige a criação de um perigo concreto para a saúde pública, bastando-se com o facto de as condutas de propagação levadas a cabo pelo agente transmissor sejam em si aptas a prejudicar a saúde pública.

<sup>229</sup> No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* na nota 202.

de doença contagiosa não se pode afirmar nestes casos pois falha um dos requisitos do tipo: a criação do perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física. A construção deste tipo criminal não se satisfaz com a mera propagação de doença contagiosa; ele faz uma *dupla exigência*: tem de haver uma efetiva transmissão da doença a um indivíduo da comunidade e dessa transmissão tem de resultar a criação de um perigo concreto para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem, isto é, de uma qualquer pessoa dentro da cadeia de contágio.

A ser assim, não comete um crime de propagação de doença contagiosa quem, sabendo que está infetado, adota um comportamento socialmente censurável de não isolamento, e desse comportamento: não resulta um contágio; há contágio, mas nenhum dos infetado desenvolve o vírus; ou, havendo contágio, a pessoa infetada desenvolve o vírus, mas apenas manifesta sintomas que não se traduzem num perigo para a vida ou num perigo grave para a integridade física (por exemplo, o caso em que o sujeito infetado desenvolve como sintoma da infeção uma mera dor de cabeça).

A dificuldade em aplicar este crime às condutas de propagação do vírus provocado pela doença COVID-19, nomeadamente por violação de confinamento obrigatório imposto aos infetados, prende-se desde logo, com a dificuldade em verificar a criação deste perigo concreto para a vida ou integridade física como resultado da conduta do agente.

Acresce ainda o facto de se tratar de um vírus de muito fácil transmissão, resultando numa disseminação comunitária a grande escala, tornando praticamente impossível identificar as cadeias de contágio ou determinar objetivamente que um determinado contágio ocorreu fruto de um concreto comportamento de propagação levado a cabo por determinado sujeito, e assim sucessivamente, até obtermos a cadeia de transmissão do vírus.

Destaca-se, também, por um lado, o facto de se tratar de uma doença em que, como se sabe, o tempo de incubação é incerto, havendo casos em que o infetado pode apenas manifestar sintomas semanas depois do momento do contágio e, por outro lado, o facto de existir um grande número de casos de infetados assintomáticos que podem, sem o saber, ser transmissores da doença. Todos estes fatores aumentam a probabilidade da ocorrência de um contágio involuntário e diminuem a possibilidade de provar a origem do mesmo.

Quanto ao elemento típico “*propagar*”, este é um conceito lato que permite ao ilícito criminal abranger qualquer conduta de difusão ou propagação de vírus ou germes patogénicos que possam colocar em perigo a vida ou em perigo grave a integridade física do sujeito contaminado integrado no seio de determinada comunidade, seja ela a contaminação de alimentos, como a transmissão de uma doença por contacto direto entre duas pessoas<sup>230</sup>.

A questão do contágio direto entre duas pessoas ganha particular destaque no contexto atual da transmissão do vírus da COVID-19, uma vez que ele pode estar na base do contágio. A este propósito, sufragamos a posição de Augusto Dias da Silva segundo a qual a transmissão por contacto direto entre duas pessoas está fora do âmbito normativo desta incriminação no sentido em que a norma, apesar de tutelar bens jurídicos individuais, pretende ter um alcance coletivo destacado desde logo pela sua inclusão no âmbito dos crimes de perigo comum, em que o seu titular é um sujeito indiferenciado<sup>231</sup>.

Tendo por base este entendimento, será possível afirmar que o crime de propagação de doença contagiosa consagra em si, de forma indireta e através da tutela direta dos bens jurídicos individuais vida e integridade física, a proteção da saúde pública, no sentido em que o indivíduo que é lesado na sua vida ou integridade física faz parte de uma comunidade.

Não havendo a previsão de ilícitos criminais que tutelem de forma imediata o bem jurídico saúde pública, a solução que o legislador penal encontrou foi a de inserir as condutas de propagação de doença contagiosa no âmbito dos crimes de perigo comum, tendo como pano de fundo a ideia de que ao proteger o indivíduo na sua saúde individual estaria mediatamente a proteger a coletividade na sua saúde pública, entendida aqui enquanto a soma das saúdes individuais dos membros que a constituem.

Tivemos já oportunidade de defender que a posição que adotamos é a de que a saúde pública constituiu um bem jurídico-penal coletivo autónomo, digno e carente de tutela penal pelo que, sendo claro o objetivo do legislador penal de proteger este bem jurídico na incriminação da propagação de doença contagiosa, ainda que de forma

---

<sup>230</sup> CUNHA J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, p.1009

<sup>231</sup> DIAS, Augusto Silva, *Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde*, in *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa: AAFDL, 2008, p.84 e 97. De forma diferente, Damião da Cunha, entende que, mesmo em caso de contacto direto, se do contacto resultar a possibilidade de posteiro transmissão do vírus, há possibilidades de se preencher o ilícito de propagação de doença contagiosa CF. CUNHA J. M. Damião da, *op. cit.* na nota 202, p.1010.

indireta, não se entende porque o excluiu do âmbito de aplicação dos crimes contra a saúde pública, tal como era previsto no artigo 270º do CP de 1982, optando por tutelar estes comportamentos por via de proteção de bens jurídicos individuais como a vida e a integridade física.

Destarte, ainda que o entendimento do legislador fosse este, a previsão do crime de propagação de doença contagiosa no âmbito da mesma norma incriminadora que prevê os crimes de alteração de análise e de alteração de receituário é vazia de sentido sistemático-material uma vez, que apesar de o objeto das incriminações ser o mesmo (a tutela dos bens jurídicos individuais vida e integridade física), o comportamento típico das condutas em nada se assemelha. Ao passo que a al. a) do nº1 do artigo 283º do CP, ao incriminar a propagação de doença contagiosa, tutela bens jurídicos individuais como forma de antecipar a proteção de um bem jurídico coletivo, a saúde pública, as als. b) e c) do mesmo artigo não encerram em si a mesma preocupação comunitária. Nestas últimas, verifica-se que a intenção do legislador foi apenas a de proteger, imediata e mediatamente, a vida e a integridade física de um qualquer indivíduo, não relevando a sua inserção comunitária.

Como refere Susana Aires de Sousa<sup>232</sup>, é a proteção da saúde pública, enquanto bem jurídico comunitário, que justifica a antecipação da sua tutela para o momento anterior em que a vida e a integridade física, enquanto bens jurídicos individuais, são postos em perigo. Mesmo que não de forma expressa, é a proteção da saúde pública o objetivo último da incriminação da propagação de doença contagiosa

A problemática em torno de saber qual o bem jurídico objeto de tutela da norma do artigo 280º do CP não se colocaria, antes de tudo, se o legislador penal de 1995 não tivesse procedido à previsão unificada destes três ilícitos criminais ao abrigo da mesma norma legal. Atrevo-me a dizer, ainda que de forma ousada, que esta questão *poderia e deveria* ser resolvida através de reestruturação do atual art.283º do CP, de forma a autonomizar o crime de propagação de doença contagiosa dos crimes de alteração de análise e de alteração de receituário.

Pelo aqui exposto, resulta que o crime de propagação de doença contagiosa é, nos moldes em que é previsto no artigo 283º do CP, um ilícito pela de difícil aproximação, tanto no que diz respeito à legitimação material da incriminação, como à verificação dos

---

<sup>232</sup> Neste sentido, SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota nota 98;.

seus elementos típicos e subsequente aplicação, sendo por isso um crime de reduzida aplicabilidade, refere Susana Aires de Sousa<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> Entre nós encontramos apenas dois acórdãos que versam sobre a condenação de propagação de doença, e ambos na forma tentada. Ac. TR Évora, Proc. nº 27/15.8 PFSTB.E1, de 10/10/2017, *vide* <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/69D29FFEF9AB667A802581C3004AB047> e o Ac. STJ, Proc. nº765/15.5T9LAG.E1.S1, de 16/05/2019, *vide* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d4936b972749b0e802583fd002da840?OpenDocument>

### 3.1. Uma perspetiva de direito estrangeiro

A incriminação das condutas de propagação de doença contagiosa tem evoluído no sentido do seu desaparecimento do âmbito de proteção de diversas codificações europeias, consubstanciando um processo de despenalização destas condutas. A sua incriminação não levanta questões apenas no seio do nosso ordenamento jurídico, correspondendo a um tema discordante ao nível dos vários ordenamentos jurídico-penais europeus<sup>234</sup>.

No caso concreto do *ordenamento jurídico-penal espanhol*, o CP na sua versão atual prevê um capítulo inteiramente dedicado aos crimes contra a saúde pública, “*Capítulo III - “De los delitos contra da salud pública”*”, inserido no “*Título XVII- De los delitos contra la seguridad colectiva*”, abarcando os artigos 359º a 378º<sup>235</sup>.

O legislador penal espanhol teve a preocupação de tutelar penalmente a saúde pública enquanto bem jurídico-penal coletivo, autónomo e digno de tutela penal. Contudo, da leitura dos artigos 359º a 378º do CP, Susana Aires de Sousa<sup>236</sup> conclui que a dimensão da saúde pública que o legislador aqui consagrou foi a da proteção do consumidor relativamente à produção e comercialização de substâncias perigosas (artigos 359º a 360º), aos medicamentos (artigos 361º a 362º) e fraudes alimentares (artigos 363º a 365º), e quanto à produção e comercialização de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (artigos 368º a 371º), apesar de nem sempre ter sido assim.

Da síntese evolutiva dos crimes contra a saúde pública no ordenamento jurídico-penal espanhol, dá-nos conta Silvia Vamaña Ochait<sup>237</sup>, que de facto CP espanhol de 1822 consagrava entre os crimes contra a saúde pública a previsão de um crime de transmissão de doenças contagiosas, de acordo com o qual, “os que introduzam ou propaguem doenças contagiosas ou efeitos contagiosos, e os que quebrarem as quarentenas ou cordões sanitários, ou fujam dos hospícios, sofrerão as penas estabelecidas ou que se estabeleçam nos regulamentos respetivos”.

---

<sup>234</sup> A este propósito, sistematização elaborada por MATOS, Nuno Igreja, *op. cit.* nota.200.

<sup>235</sup> Vide <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20210605&tn=1#ciii-10>

<sup>236</sup> SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção de interesses do consumidor”, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp.179 e 180.

<sup>237</sup> OCHAITA, Silvia Valmaña, “*El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos*”, in ADPCP, Vol. LXXIV, 2021, pp.173 – 201, vide [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2021-10017300202](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2021-10017300202)

Posteriormente, este crime foi suprimido do CP espanhol de 1848, 1850 e 1870, voltando a ser reintroduzido pelo CP espanhol de 1928 enquanto reflexo direto da “gripe espanhola” de 1918 que assolou a população e dizimou milhares. Reaparece assim a tutela da saúde pública ao nível penal, no “*Título VIII – Delitos contra la salud pública*”, dedicando-se um capítulo especial às condutas de propagação de doença contagiosa no “*Cap. II – Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública*”, nos artigos 547 a 552º, prevendo, nomeadamente, no artigo 549º o tipo incriminador de propagação maliciosa<sup>238</sup>, responsabilizando os indivíduos que através de qualquer conduta dolosa, atuem sabendo que estão a propagar uma doença contagiosa ou o façam com malícia.

O CP de 1932, numa tentativa de se afastar da nota autoritário do CP de 1928, voltou à formulação do CP de 1870 e à tutela das regras de higiene impostas em tempos de pandemia.

Em 1958, a reforma do CP espanhol recuperou os delitos contra a saúde pública, tutelando todo o tipo de contágio sempre que a transmissão fosse dolosa. O art.348º bis previa que “quem, maliciosamente propagasse uma doença transmissível a outra pessoa, era punido com pena de mínima”, sendo a pena poderia ser agravada tendo em conta “a perversidade do delincente, a finalidade ou o perigo que resulte da doença”<sup>239</sup>.

Esta redação permaneceu inalterada até ao atual CP de 1995<sup>240</sup> que, apesar de manter a tutela da saúde pública, elimina do seu catálogo os crimes de propagação de doença, resolvendo estes casos através da adequação típica da conduta de propagação aos crimes de ofensa à integridade física e, em último caso, ao crime de homicídio, quando se atente contra a vida do indivíduo.

A evolução da tutela penal do crime de propagação de doença contagiosa em Espanha, reflete de forma bastante similar a evolução que se deu ao nível do ordenamento jurídico português quanto ao bem jurídico tutelada pela norma.

Dando-nos conta das diferentes soluções adotados pelos ordenamentos jurídicos europeus, nomeadamente ao nível do *ordenamento jurídico inglês e alemão* no que à previsão da incriminação da propagação de doença contagiosa diz respeito, Catarina

---

<sup>238</sup>Artículo 549. El que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisibile a las personas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.” Vide <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1928-8856>

<sup>239</sup> Vide <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>

<sup>240</sup> CP espanhol, na sua versão atual, vide <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20210605&tn=1#ciii-10>

Abegão Alves<sup>241</sup> salienta também a dificuldade e estranheza da previsão deste tipo incriminador enquanto forma de proteção da saúde pública. Refere a autora que, semelhantemente, ambos os ordenamentos jurídicos não preveem legalmente e de forma expressa uma reação contra os crimes de propagação de doença contagiosa, remetendo tais condutas para o âmbito de aplicação dos crimes contra que tutelam bem jurídicos individuais, nomeadamente, os crimes ou ofensas contra a integridade física (neste ponto se aproximando do ordenamento jurídico-penal português).

No Reino Unido, as condutas de propagação de doença contagiosa são punidas no âmbito das ofensas à integridade física<sup>242</sup> previstas nas Secções 18 (“wounding with intent to do grievous bodily harm”) e 20 (“Inflicting bodily injury, with or without weapon”) do “Offenses against the Person Act 1861”<sup>243</sup>.

No ordenamento jurídico alemão, a punição de comportamentos de transmissão de doenças contagiosas é realizada mediante a aplicação dos delitos básicos de lesão, nos termos dos parágrafos 223, 224 e 229 do StBG (CP alemão)<sup>244</sup>. O §223 (Körperverletzung) StGB estabelece o tipo básico de delito de lesão causado por qualquer conduta que cause danos à saúde incluindo psíquicos, sendo que o §224 (Gefährliche Körperverletzung) StGB prevê os casos mais graves de ataques à saúde pública, como por exemplo, os casos de lesão da saúde pública pela utilização de veneno ou outras substâncias nocivas. O §229 (Fahrlässige Körperverletzung) StGB estabelece a responsabilização nos casos de negligência.

Porém, de forma relevante dá conta ainda Catarina Abegão Alves<sup>245</sup> que a crise proliferada pela disseminação da doença COVID-19 gerou em ambos os ordenamentos jurídico-penais a perceção da importância quanto à tutela de tais condutas. Destaca desta

---

<sup>241</sup> ALVES, Catarina Abegão, “Diferentes soluções legislativas entre países europeus na incriminação da propagação de doença contagiosa”, in *Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito* (em linha), 09/05/2010, disponível em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/05/09/diferentes-solucoes-legislativas-entre-paises-europeus-na-incriminacao-da-propagacao-de-doenca-contagiosa/>

<sup>242</sup> A este propósito, dá-se como exemplo o Caso Dica - *R v. Dica* [2004] EWCA Crim 11033, de 05.05.2004, em que um cidadão foi acusado por dois crimes de lesões corporais graves pela violação do art.20º do “Offenses against the Person Act 1861”, com cabe no facto de, apesar de saber que era seropositivo ter tido relações sexuais desprotegidas com duas mulheres que desconheciam a sua infeção, tendo sido ambas infetadas com o vírus HIV/SIDA, disponível em <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/06/UK-2004-R-v-Dica.pdf>.

<sup>243</sup> “Offenses against the Person Act 1861, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents>

<sup>244</sup> StGB (Código Penal Alemão) de 1975, disponível em [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/)

<sup>245</sup> LAVES, Catarina Abegão, *op. cit* nota 241.

forma, no ordenamento jurídico alemão o “*The Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020*”<sup>246</sup> que introduziu a previsão enquanto “criminal offenses” de determinadas condutas que permitissem a propagação do vírus (apesar de não incriminarem de forma expressa a propagação da doença).

Relativamente à aplicação do §223 StGB aos casos de contágio por coronavírus, em 2020, período de grande disseminação do vírus a nível global, o tribunal alemão Braunschweig condenou um cidadão ao pagamento de uma indemnização no valor de 250€ pela conduta de ter tossido propositadamente sobre o segurança de uma loja. Sem ter sido realizado qualquer teste aos implicados de forma a saber se algum dos mesmos era portador do vírus ou não, a aplicação da indemnização teve por base mero o entendimento de que tossir intencionalmente sobre alguém em tempos de pandemia deveria qualificar-se como um atentado contra a saúde pública por acarretar um alto risco de infeção com uma doença potencialmente grave, até mortal, para além dos danos psicológicos que poderiam advir da preocupação com o possível contágio<sup>247</sup>.

De referir ainda neste contexto, é o *ordenamento jurídico-penal italiano*. Itália foi o primeiro país ocidental a lidar com as consequências horrendas da propagação do coronavírus na saúde pública da sua comunidade, resultando na morte de milhares de cidadão desde março de 2020, momento em que foi declarado o estado de emergência no país.

Da análise ao CP italiano podemos constatar que este consagra autonomamente os crimes contra a saúde pública e prevê de forma expressa o crime de epidemia ao abrigo do art.438º do CP incriminando as condutas de propagação de germes ou de agentes patogénicos.

---

<sup>246</sup> “The Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020” disponível, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/129/contents/made>

<sup>247</sup> AG Braunschweig (112 C 1262/20), 29 de outubro de 2020 vide <https://xn--rabro-mva.de/zum-anspruch-auf-schmerzensgeld-aufgrund-des-anhustens-gegen-das-gesicht-waehrend-der-corona-pandemie/>. Tal como resulta da leitura do ponto 22 da sentença “a tosse representa um dano à saúde e ao corpo, e o dano corporal é qualquer intervenção não autorizada na integridade da condição física. Uma lesão à saúde é qualquer mudança significativa ou aumenta na condição física normal, independentemente de a pessoa lesionada sentir dor. De acordo com essa norma”, a do §223 StGB, “a tosse só pode ser um fato em casos excepcionais. Uma dessas exceções está aqui. Desde 23 de março de 2020, houve restrições estritas de saída e contato em todo o país devido ao perigo de disseminação do vírus Covid-19 altamente contagioso. Em particular, tossir e espirrar na dobra do braço também era necessário para proteger contra a infeção. Havia uma situação de risco geral. Tossir contra o rosto, que inevitavelmente liberta aerossóis físicos, é adequado nessas circunstâncias (...) para prejudicar o bem-estar físico e a saúde. O comprometimento da saúde resulta dos vírus potenciais nas próprias partículas de aerossol do corpo. Além disso, os danos mentais também podem representar um agravamento à saúde, não afetando apenas o bem-estar, mas tendo também valor de doença e efeito físico.”

Contudo, também o legislador italiano, revelando preocupação com os efeitos nefastos da pandemia, criou normas penais avulsas que tutelavam especificamente as condutas de propagação do vírus, do qual é exemplo o crime de incumprimento de confinamento obrigatório imposto aos portadores do vírus COVID-19 introduzido pelo artigo 4.6 do “Decreto-Legge 25 de marzo 2020, n°19”, que estabelecia as “Medidas urgentes para o enfrentamento da emergência epidemiológica da COVID-19”<sup>248</sup>. Esta norma estabelecia que a violação do confinamento obrigatório para os infetados com COVID-19 podia ser punida com uma pena de prisão de 3 a 18 meses e multa entre 500 e 5.000€, nos termos do artigo 260º do CP italiano, *salvo* se o facto não constituísse uma violação do artigo 452º do CP italiano ou de outro crime com moldura penal mais grave.

O artigo 452º do CP italiano consagra a categoria dos “*crimes negligentes contra a saúde pública*”<sup>249</sup>, punindo a título negligente a conduta de “*epidemia*”, ilícito criminal previsto no artigo 438º do CP italiano, de acordo com o qual, “quem causar uma epidemia através da disseminação de germes patogénicos é punido com prisão perpétua”<sup>250</sup>. Este último tem como objeto de tutela o bem jurídico-coletivo saúde pública, entendido enquanto o conjunto de condições de higiene e segurança que garantem o bem-estar físico e mental da comunidade, ameaçada pela propagação de germes patogénicos. A sua construção típica exige a verificação de conduta de disseminação de germes patogénicos caracterizada pela atitude fraudulenta do agente difusor, tendo de se verificar um “*dolo genérico*” por parte do agente difusor que quer e sabe que está a propagar uma doença contagiosa<sup>251</sup>. O crime de epidemia é previsto enquanto um *crime de perigo*, sendo que da conduta de propagação tem de resultar uma ameaça ao bem jurídico tutelado, contudo, para o preenchimento do tipo não se exige a verificação de um perigo concreto, bastando que as condutas de propagação sejam em si aptas a causar danos à saúde pública<sup>252</sup>.

O Decreto-Legge n°19 veio assim consagrar expressamente a possibilidade de o legislador penal aplicar o crime de epidemia negligente, previsto no artigo 452º do CP

---

<sup>248</sup> Decreto-Legge 25 de marzo 2020, n°19 - “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, posteriormente modificado pela “L. 22 maggio 2020, n. 35” (atualizada pela última vez em 24/03/2022), disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/23/20A02843/sg>

<sup>249</sup> Todos os artigos do CP italiano disponíveis em [https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-vi/capo-iii/art452.html?utm\\_source=internal&utm\\_medium=link&utm\\_campaign=articolo&utm\\_content=nav\\_a\\_rt\\_succ\\_top](https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-vi/capo-iii/art452.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_a_rt_succ_top)

<sup>250</sup> *Ibidem*

<sup>251</sup> *Ibidem*

<sup>252</sup> *Ibidem*.

italiano, ou até nos casos mais graves, do crime de epidemia na forma dolosa ao abrigo do artigo 438º do CP<sup>253</sup>.

A principal questão que quanto ao crime de propagação de doença contagiosa se impõe responder é a decidir da necessidade (ou desnecessidade) da previsão deste tipo incriminador de forma autónoma e que sustente a sua construção típica na proteção do bem jurídico coletivo saúde pública.

Do lado da defesa da desnecessidade da sua previsão, advoga-se que uma incriminação da propagação de doença contagiosa construída nos termos explanados concebe o doente-infetado como um criminoso, conduzindo ao desenvolvimento de um efeito estigmatizante sobre os infetados. A este propósito, as Nações Unidas, no “Report of the special rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”<sup>254</sup>, salientam que qualquer abordagem legal a uma doença contagiosa deve privilegiar a otimização de infraestruturas públicas, o acesso a medicamentos e a promoção de campanhas de sensibilização.

Ponto possível de argumento é ainda o facto da inutilidade da incriminação autónoma da propagação de doença contagiosa, dado que um comportamento desta natureza poderia ser sempre submissível a ilícitos criminais já existentes, tais como o crime de ofensa à integridade física, no sentido em que vem sendo defendido em outros ordenamentos jurídicos como é o caso do alemão e do inglês.

Não obstante, por mais respeitáveis que estas posições possam ser (em nosso entendimento, *apenas parecer*), não nos servem.

Verdade é que até ao momento o legislador ordinário não havia sido confrontado com a premência da proteção da saúde pública de modo tão acentuado como atualmente

---

<sup>253</sup> O anterior Decreto-Legge nº6 previa no art.3º que a inobservância das medidas em sua sede adotadas poderiam configurar a aplicação do ilícito criminal previsto no art.650º do CP italiano que prevê o crime de desobediência às disposições de autoridade pública, de acordo com o qual “descumprimento de ordem de uma autoridade policial, por razões de justiça, segurança, ordem ou higiene pública, poderá ser punido com multa de até € 206 ou prisão de até três meses.”. Posteriormente, o Decreto-Legge nº19 descriminalizou parcialmente as condutas por inobservância dessas medidas de prevenção ou de contenção, enquadrando-as como meras violações administrativas, a menos que constituíssem fato mais grave (podendo ser incluídas no âmbito dos crimes de pandemia negligente ou doloso).

<sup>254</sup> Este relatório foi elaborado relativamente ao HIV e à sua propagação pela comunidade, mas enquanto doença contagiosa, a argumentação aqui contida no sentido de que “a criminalização do HIV não dever ser a resposta tomadas pelas nações, e a sua necessidade é questionável em todo caso”, pode ser lida em paralelo com o nosso caso pois também a COVID-19 corresponde a uma doença contagiosa. UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, “Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health : note / by the Secretariat”, Geneva: UN, 28 Mar. 2017 (versão inglesa), vide <https://digitallibrary.un.org/record/1298436?ln=es>

é face à alta propagação comunitário de um vírus extremamente contagioso (mortífero, refira-se) como a COVID-19.

No caso concreto da propagação deste último, a diversidade das possíveis formas de transmissão, a alta taxa de contágio e a existência frequente de casos assintomáticos aumentam as possibilidades de transmissões da infecção e de reinfeções no seio da comunidade, colocam em causa o sucesso das políticas de saúde privilegiadas, como o confinamento obrigatório, a quarentena e até mesmo as campanhas de sensibilização “fique em casa”.

Impõe-se, portanto e a nosso ver, uma certa moderação nas críticas, dado que a este título o direito penal é confrontado com questões que então não haviam sido discutidas, ou quando muito pensadas.

Emitindo opinião nesta temática, optar por uma linha legislativa que não preveja a punição expressa das condutas de propagação de doença contagiosa corresponderá a deixar a descoberto as condutas perigosas para os bens jurídicos tutelados pela norma (ainda que bens individuais). Por outro lado, a alternativa de incriminar as condutas de propagação de doença contagiosa com fundamento na tutela de bens jurídicos individuais reflete uma desproteção imensurável da saúde pública enquanto bem jurídico digno de proteção e que, face a comportamentos que se materializam na disseminação comunitária de vírus e doenças, carece de proteção imediata e eficaz.

A construção atual do tipo incriminador da propagação de doença contagiosa não protege de forma clara, autónoma e imediata a saúde pública. Entendemos ser de utilidade e relevância extrema a consagração autónoma deste crime, uma vez que tal como Susana Aires de Sousa<sup>255</sup> refere a eleição do bem jurídico a tutelar pela norma incriminadora pode levar a resultados substancialmente diferentes, não sendo equitativo proteger a saúde pública de forma imediata e autónoma ou a saúde pública de forma reflexa à proteção de bens jurídicos individuais (traduzindo a ideia de saúde pública enquanto soma das saúdes individuais).

A existência autónoma de um crime de propagação de doença contagiosa justificar-se-ia deste modo por razões de utilidade, diminuindo a imprevisibilidade e aumentando a segurança jurídica.

---

<sup>255</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit.* na nota 98, pp.150-151.

## CAPÍTULO IV

### DA VACINAÇÃO ENQUANTO MEIO ADEQUADO À PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

#### 1. Origem e operacionalidade da vacina (breve referência)

Após reflexão quanto à relevância da proteção do bem jurídico saúde pública, positivado no art.64º da CRP enquanto direito fundamental a promover e proteger pelo Estado, nos termos do art.9º da CRP, constituindo um autónomo e digno bem jurídico-penal coletivo quando as condutas que o colocam em perigo, pelos seus potenciais efeitos, perdem o carácter axiologicamente neutro e se tornam eticamente censuráveis, incontornavelmente, pela a propagação de doenças contagiosas, encetamos agora um momento central e decisivo desta dissertação tendente à defesa da vacinação como meio adequado à proteção da saúde pública

Desde o momento em que surgiu, a vacinação contribui de forma inegável para a redução da propagação e do impacto das doenças infecciosas ao nível global. O crédito científico pela primeira vacina é atribuído ao naturalista e médico britânico Edward Jenner, conhecido como o “pai da imunologia”, que nos finais do sec. XVIII desenvolveu a vacina contra a varíola, doença infectocontagiosa que dizimou inúmeras populações. Contudo, o mérito da designação do ato de inoculação enquanto “vacinação” é concedido a Louis Pasteur que ao descobrir a vacina contra a raiva foi o primeiro cientista a conceber uma vacina de acordo com um processo científico concreto e detalhadamente descrito, expondo o papel dos microrganismos na transmissão de doenças e propondo meios de prevenção das doenças, nomeadamente através da vacinação da população<sup>256</sup>.

Em Portugal, a vacinação universal está implementada desde 1965, através do Plano Nacional de Vacinação (PNV)<sup>257</sup>, sendo seu objetivo, afirma a DGS<sup>258</sup>, alcançar o “maior número de pessoas com as vacinas mais adequadas, o mais precocemente possível, de forma duradoura, promovendo a proteção individual e com uma mais-valia para a

---

<sup>256</sup> BARATA, Lurdes, “A descoberta das vacinas e a vacinação”, in *Newsletter da Universidade de Medicina de Lisboa*, nº106, novembro de 2020, disponível em <https://www.medicina.ulisboa.pt/newsfmul-artigo/106/descoberta-das-vacinas-e-vacinacao>

<sup>257</sup> O PNV em vigor foi atualizado em setembro de 2020 pela Norma nº018/2020, de 27 de setembro, disponível em <https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0182020-de-27092020-pdf.aspx>

<sup>258</sup> DGS, *Plano nacional de Vacinação*, disponível em <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-de-vacinacao/programa-nacional-de-vacinacao.aspx>

saúde pública”, concretizando como critérios de inserção no catálogo de vacinas, a epidemiologia das doenças, as evidências científicas quanto aos seus efeitos, a sua relação custo-benefício e a sua disponibilidade no mercado.

A OMS<sup>259</sup> refere que as vacinas correspondem a uma das mais bem-sucedidas intervenções em saúde pública, salvando milhões de vidas por ano, constituindo uma “componente chave” na defesa da saúde pública e configurando um “direito humano indiscutível”.<sup>260</sup>

Em nosso entender, subsumível à categoria dos “novos riscos” despoletados em contexto da evolução tecnológica e científica da sociedade contemporânea, podem ser reconduzidos os agentes patogênicos (nomeadamente, a sua proliferação), como as bactérias, vírus, fungos e parasitas, organismos causadores de doenças e que constituem um perigo para a saúde humana. Estes microrganismos coabitam com o ser humano, existindo tanto no seio comunitário, como no próprio corpo do indivíduo que quando é infetado por agentes patogênicos causadores de doenças, desencadeia uma resposta ao nível do *sistema imunitário*, enquanto sistema de defesa do corpo humano. Este mecanismo de defesa consiste na produção de *anticorpos* específicos para combater determinando antigénico (subparte do agente patogénico que desencadeia a produção de anticorpos).<sup>261</sup>

O corpo humano é capaz de biologicamente e de forma natural produzir esta resposta, mas é uma reação que leva um tempo considerável, período durante o qual o indivíduo pode adoecer. Assume a OMS<sup>262</sup>, que as vacinas desempenham neste âmbito um papel de relevada importância pois permitem acelerar a resposta do sistema imunitário aos agentes patogênicos. Elas são compostas por partes enfraquecidas ou inativadas de um determinado organismo (antigénio) que são introduzidas no organismo humano, não provocando a doença, mas antes despoletando uma resposta do sistema imunitário desencadeando a produção de anticorpo de modo a que, se futuramente o agente for novamente infetado, esteja protegido contra a doença que dessa infeção pudesse resultar.

---

<sup>259</sup> WHO/N.Thomas, *Vaccines and immunization* disponível em [https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1) . A OMS refere que, atualmente, as vacinas ajudam a prevenir a morte de 3,5 a 5 milhões de pessoas por ano, por doenças como a difteria, o tétano, o sarampo e até a gripe.

<sup>260</sup> WHO, “*How do vaccines work?*”, disponível em <https://www.who.int/pt/news-room/feature-stories/detail/how-do-vaccines-work>

<sup>261</sup> *Ibidem* , assim explica a OMS, a propósito do funcionamento das vacinas.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

O desencadeamento desta dinâmica é o objetivo, entendemos, *individual* da inoculação. Porém, não se esgota aqui a intencionalidade da vacinação. Ela rege-se por um objetivo fundamental, cimeiro, de caráter *coletivo*: a imunidade de grupo.

## 2. Os benefícios da vacinação e a imunidade de grupo enquanto objetivo fundamental da inoculação em dialética com a “hesitação/recusa vacinal”

Vários são os benefícios passíveis de ser apontados à vacinação enquanto meio de proteção efetivo da saúde, tanto numa dimensão individual, como coletiva, sendo seu propósito “proteger os indivíduos e a população em geral contra as doenças com maior potencialidade para constituírem ameaças à saúde pública e individual e para as quais há proteção eficaz por vacinação”, afirma o SNS <sup>263</sup>.

Refere o mesmo <sup>264</sup> que, de uma perspetiva individual, a vacinação possibilita, por um lado, reduzir de forma acentuada a probabilidade de o indivíduo desenvolver a doença em relação à qual foi inoculado, permitindo-lhe alcançar a desejada imunidade; por outro lado, atua assegurando a diminuição dos efeitos da mesma no caso (raro) de apesar de ter sido vacinado contrair a doença. Ao nível comunitário, a vacinação importa também benefícios, nomeadamente para a saúde pública, atuando com vista à erradicação, controlo ou minimização dos efeitos da doença no seio da comunidade, de forma a permitir que se alcance a desejada *imunidade de grupo*.

A particularidade que torna a vacinação um meio relevante e ao mesmo tempo controverso prende-se com a sua raiz utilitarista diretamente ligada à tutela da comunidade. O objetivo máximo de um qualquer programa de imunização assenta no objetivo de erradicar determinada doença do contexto comunitário impedindo ou dificultando a sua propagação pelos indivíduos que a integram. Por este motivo, a imunização não se basta com a atuação sobre um único indivíduo, sendo essencial a sua incidência sobre todo o grupo populacional.

Para se alcançar a imunidade de grupo é essencial atingir uma determinada percentagem de indivíduos imunes em determinada comunidade. Porém, o nível de imunidade de grupo alcançado através de uma política de vacinação não corresponde a uma percentagem cujo valor seja linear, variando conforme o agente infeccioso em causa e as características da população que se visa imunizar, como nos mostra Peter G. Smith no estudo científico que realiza sobre a imunidade de grupo <sup>265</sup>, sendo que, via de regra,

---

<sup>263</sup> SNS, “Programa Nacional de Vacinação”. *Temas de saúde* (atualizado a 06/05/2022), disponível em <https://www.sns24.gov.pt/tema/vacinas/programa-nacional-de-vacinacao/>

<sup>264</sup> *Ibidem*.

<sup>265</sup> Por exemplo, quanto ao H1N1 considera-se suficiente que cerca de 40% dos indivíduos da comunidade estejam vacinados para se alcançar a imunidade de grupo relativamente a essa doença. Quanto ao pólio e à rubéola já se considera indispensável uma percentagem mais alta de indivíduos vacinados, situada entre os

considera-se que uma vacina é eficaz e que permite atingir a imunidade de grupo quando cerca de 80% da população está imunizada.

Salienta o autor <sup>266</sup>, que o alcance da imunidade de grupo é também de extrema importância relativamente aos indivíduos vulneráveis, que por motivo de saúde ou de idade não podem ser vacinados por medicamento contraindicado a sua inoculação com determinadas vacinas. Em resultado, estes indivíduos (“*free riders*”), não podendo contribuir para a imunidade de grupo, beneficiarão de um “*efeito de boleia*”, um efeito indireto da vacinação resultante da imunização dos demais sujeitos que integram a comunidade, dependendo estes totalmente da imunidade de grupo para se protegerem individualmente. Estabelece assim <sup>267</sup>, que patamar da imunidade de grupo e a infeção relacionam-se de forma inversa no sentido em que quanto maior a imunidade de grupo, menor a probabilidade de o indivíduo ser infetado e contrair a doença, mesmo quando não tenha sido vacinado, desenvolvendo esta um papel crucial ao permitindo a diminuição diminuir eficaz dos níveis de disseminação dos agentes infecciosos até ao topo ideal da sua irradicação total da comunidade.

Apesar dos tremendos benefícios que lhe são apontados, a OMS <sup>268</sup> apontou que, em 2020, pela primeira vez em dez anos, a cobertura vacinal decaiu 86% em relação a 2019 ressurgindo a discussão e o confronto com um problema que, apesar de não consubstanciar novidade, ganhou novos contornos de relevância face à pandemia da COVID-19: a *hesitação vacinal* (do inglês, “*vaccine hesitancy*”).

A eficácia demonstrada pelas vacinas no controlo e erradicação de determinadas doenças infecciosas não pode constituir motivo de adoção de uma conduta de “relaxamento vacinal”, dado que qualquer ação adequada ao enfraquecimento da imunidade de grupo, tal como é a não vacinação, pode conduzir ao ressurgimento de surtos associados à baixa imunização coletiva relativa a essa infeção. Exemplo recente é o do ressurgimento dos

---

80-86%, para se atingir a imunidade de grupo. Cf. Table 1. (Herd Immunity Thresholds (Approximate) for Infection Elimination), in SMITH, Petter G., “Concepts of herd protection and immunity”, *Procedia in Vaccinology*, Elsevier, *Procedia in Vaccinology* V.2, Issue 2, 2010, p. 136, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.provac.2010.07.005>.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p.134

<sup>267</sup> A erradicação de um agente infeccioso por via da imunização de grupo ocorre quando o número médio de pessoas a que cada indivíduo transmite a infeção (“número efetivo de reprodução”/“R”) é inferior a 1. *Ibidem*, p.134-137

<sup>268</sup> WHO, “*Ten threats to global health in 2019*”, 21 de março de 2019, disponível em <https://www.who.int/vietnam/news/feature-stories/detail/ten-threats-to-global-health-in-2019>

surtos de sarampo, doença dada como erradicada pela OMS, em vários países da Europa<sup>269</sup>, incluindo Portugal<sup>270</sup>, associados aos movimentos de não vacinação.

Diversas são as terminologias conceptuais atribuídas à hesitação vacinal englobando todo o tipo de comportamentos do sujeito hesitante (“*vaccine-hesitant person*”), desde a relutância em aceitar a vacinação, à recusa completa da inoculação com uma ou todas as vacinas, salienta Ève Dubé (et. al)<sup>271</sup>. No sentido de concretizar este conceito, Aquilino Paulo Antunes define a hesitação vacinal como sendo a “*recusa, definitiva ou temporária, de vacina, por convicção ou por dúvida quanto às características – de segurança ou de eficácia – do produto*”<sup>272</sup>. Este estado de relutância ou de recusa nem sempre se traduz num comportamento irracional ou “anti-ciência”, fundamentando diversas vezes preocupações legítimas quanto às vacinas, à sua administração e às possíveis reações adversas.

Em 2019, a OMS identificou a recusa vacinal como uma das dez ameaças à saúde pública<sup>273</sup>. Enquanto motivos que lhe são comumente associados, para além das tradicionais motivações religiosas ou filosóficas<sup>274</sup>, Aquilino Paulo Antunes<sup>275</sup> aponta

---

<sup>269</sup> De acordo com a OMS, uma doença considera-se eliminada quando há ausência de transmissão contínua por 12 meses consecutivos em determinada área geográfica. Em 2019, a OMS declarou que o sarampo deixou de se considerar uma doença erradicada no Reino Unido, República Checa, Albânia e Grécia, face à duplicação dos casos registados comparativamente ao ano anterior. Diário de Notícias/Lusa, “*Sarampo dispara na Europa e deixa de estar erradicado em quatro países*”, 29/08/2019, disponível em <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/sarampo-reapareceu-em-quatro-paises-na-europa-11248448.html>

<sup>270</sup> Em 2017, a DGS confirmou o ressurgimento de surtos de sarampo em Portugal, calculando-se que mais 87% dos infetados não tenham sido vacinados. SNS, “*Portugal – Surto de Sarampo*”, 21 de março de 2018, disponível em <https://r-3.sns.gov.pt/noticias/2018/03/21/portugal-surto-de-sarampo/>. O surto foi dado como controlado, em junho de 2018, ao fim de ultrapassados mais de dois períodos de incubação sem novos casos, dadas as “elevadas coberturas vacinais mantidas ao longo dos anos em Portugal”. Vide SNS, “*Declaração de fim de surto*”, 11 de junho de 2018, disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/06/11/declaracao-de-fim-de-surto/>

<sup>271</sup> DUBÉ, Ève, WARD, Jeremy K., VERGER, Pierre, MACDONALD, Noni E., “*Vaccine Hesitancy, Acceptance, and Anti-Vaccination: Trends and Future Prospects for Public Health*”. in *Annual Review of Public Health*, Vol.42, abril de 2021, p.177, disponível em <http://www.orspaca.org/sites/default/files/annurev-publhealth-vaccine-hesitancy.pdf>

<sup>272</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo, “*Vacinas para a Covid-19: aspetos de reflexão*”, in *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa/Lisbon Law Review*, nº2, 2020, p.146.

<sup>273</sup> De forma a enfrentar esta e outras ameaças, a OMS elaborou um plano de ação com duração prevista de 5 anos, o “13th General Programme Work 2019-2023”, assente em três objetivos a atingir até 2033 (“The Triple Billion targets”): que mais 1 bilhão de pessoas se beneficiem do acesso à cobertura universal de saúde; que mais 1 bilhão de pessoas estejam protegidas de emergências de saúde; e que mais 1 bilhão de pessoas desfrutem de uma melhor saúde e bem-estar., vide WHO, “*The Triple Billion targets. A visual summary of methods to deliver impact*”, disponível em <https://www.who.int/data/stories/the-triple-billion-targets-a-visual-summary-of-methods-to-deliver-impact>

<sup>274</sup> Os argumentos religiosos ou filosóficos dos defensores da não vacinação assentam em ideias como a superioridade da imunidade natural produzida pela própria doença, a imoralidade das vacinas, o entendimento de que as doenças são enviadas por deus para punir os pecadores. Vide LEVI, Guido Carlos, *Recusa de vacinas: causas e Consequências*, São Paulo: Segmento Farma, 2013, p.12 e p.19 e ss.

<sup>275</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo, *op. cit.* na nota 271, pp.147 e 148.

atualmente como de maior relevância o medo de possíveis efeitos adversos incrementado pela proliferação de falsas, incompletas ou incoerentes informações quanto à doença infecciosas, às políticas de saúde e às vacinas, e a diminuição da percepção do risco dada a eficácia das mesmas<sup>276</sup>.

Todos estes motivos geram na comunidade um clima de desconfiança e insegurança quanto à vacinação e às recomendações de saúde pública, tendo vindo a ser aproveitados e instrumentalizados pelos *movimentos antivacinação* que ganham cada vez mais espaço e relevo ao nível nacional e internacional. O “movimento anti-vacina” (do inglês, “*anti-vaccine movement*”) é caracterizado por Ève Dubé (et. al)<sup>277</sup> como correspondendo à designação de um grupo de pessoas que se dedicam a expressar publicamente os seus medos e preocupações em relação à segurança e eficácia das vacinas com o intuito de, convencendo outros do mesmo, estes se juntem “à causa” aumentando a intensidade das suas vozes críticas e opinativas na expectativa que sejam ouvidas e tidas em conta para a efetivação das medidas políticas e de saúde que entendem dever ser adotadas quanto às vacinas.

Sublinham os autores<sup>278</sup> que este não é um movimento novo, sendo que em Portugal, a DGS<sup>279</sup> reconheceu publicamente a “existência de comportamento extremados em relação à vacinação” em resultado das “mudanças sociais” sentidas pela comunidade, referindo que, se por um lado “existe cada vez maior pressão para introduzir novas vacinas no PNV (...) também existe oposição, resistência e hesitação à vacina, que são motivadas pela inversão da percepção do risco”. Para o combate desta dialética, afirma como sendo imprescindível “um grande investimento na informação sobre vacinação, proveniente de fontes credíveis, divulgada de diferentes formas e meios, para que seja acessível a todas as pessoas”.

---

<sup>276</sup> A este propósito, o CDC (Centers for Disease Control and Prevention), distingue entre “contraindicações e precauções normalmente associadas às vacinas” (*contraindications and precautions to commonly used vaccines*) e as “contraindicações e precauções incorretamente associadas às vacinas” (*conditions incorrectly perceived as contraindications or precautions to vaccination*), vide CDC “*General Best Practice Guidelines for Immunization: Best Practices Guidance of the Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP)*”, Vaccine Recommendations and Guidelines of the ACIP: Contraindications and Precautions. atualizado a 14 de abril de 2022, (consultado em 10 de junho de 2022), disponível em <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/contraindications.html>

<sup>277</sup> DUBÉ, Ève, (et. al), *op. cit.*, na nota 271, p.178.

<sup>278</sup> Sobre a evolução do movimento antivacinal até aos dias atuais, DUBÉ, Ève, (et. al), *op. cit.*, na nota 271, p.178 e ss. e bibliografia indicada.

<sup>279</sup> DGS, *Boletim do Programa de Vacinação*, nº3, abril de 2020, disponível em <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/boletim-n-3-do-programa-nacional-de-vacinacao-abril-2020-pdf.aspx>

Expressão mais evidente e preocupante dos movimentos antivacinação tem sido a da opção de não vacinar as crianças por parte de pais ou responsáveis legais.

Esta desconfiança teve como percussor o famoso artigo médico de Andrew Wakefield, publicado em 1998, na revista científica *The Lancet*<sup>280</sup>, onde apresenta uma pesquisa preliminar relacionando o desenvolvimento de comportamentos autistas e de inflamação intestinal com a administração da vacina MMR (que protege contra o sarampo, a varicela e a rubéola), sendo que após a sua publicação, a cobertura vacinal pela MMR decaiu no Reino Unido e um pouco por todo o mundo<sup>281</sup>.

A recusa vacinal por parte dos pais ou responsáveis legais tem consubstanciado uma matéria bastante discutida ao nível internacional e europeu<sup>282</sup>, destacando-se a este propósito a recente decisão do TEDH, no âmbito do Ac. de 8 de abril de 2021, *Caso Vavricka e outros c. República Checa*<sup>283</sup>. A situação em questão diz respeito a uma queixa apresentada ao TEDH por seis famílias de cidadãos da República Checa contra o seu país em razão de lhes ter sido impedida a matrícula dos seus filhos menores em instituição de ensino dado se terem recusado cumprir o dever de vacinação dos mesmos imposto pela Lei checa de 2020<sup>284</sup> que obriga à vacinação de crianças de idade inferior a 15 anos para frequência em instituição de ensino público. A lei refere-se a esta obrigação ao encargo dos pais como um “dever de rotina” que deve ser cumprido, impondo

---

<sup>280</sup> EGGERTSON, Laura, “Lancet retracts 12-year-old article linking autism to MMR vaccines”, in *CMAJ*, 09/03/2019, disponível em <https://www.cmaj.ca/content/182/4/E199>

<sup>281</sup> Em contraposição, referia-se o recente estudo realizado na Dinamarca, envolvendo mais de 6000 mil crianças, que afasta mais uma vez qualquer relação entre a administração das vacinas contra o sarampo, a rubéola e a varicela, e o autismo *vide* HVIID, Anders, HANSEN, DrMedSciJØrgen VinslØv, *et al*, “Measles, Mumps, Rubella Vaccination and Autism. A Nationwide Cohort Study”, in *Annals of Internal Medicine*, disponível em <https://doi.org/10.7326/M18-2101>

<sup>282</sup> Em 2018, a OMS e a UNICEF revelaram que cerca de 20 milhões de crianças em todos o mundo, não obtiveram o acesso a vacinas essenciais para a manutenção das suas condições de saúde e bem-estar revelando-se uma estagnação perigosa da cobertura vacinal, WHO, “20 million children miss out on lifesaving measles, diphtheria and tetanus vaccines in 2018. 2019”, 15 de julho de 2019, disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/15-07-2019-20-million-children-miss-out-on-lifesaving-measles-diphtheria-and-tetanus-vaccines-in-2018>

<sup>283</sup> TEDH, *Caso Vavricka e outros c. República Checa*, 8 de abril de 2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039>

<sup>284</sup> §46(1), (4) e (6), §50 e §80(1) da Lei n°258/200 Coll., de 14 de julho de 2000, que consagra as medidas de proteção da saúde pública (“The Public Health Protection Act”), versão inglesa disponível em [https://esdac.jrc.ec.europa.eu/Library/Themes/Contamination/workshop\\_Nov2003/legislation/CzechPublicHealthProtection.doc](https://esdac.jrc.ec.europa.eu/Library/Themes/Contamination/workshop_Nov2003/legislation/CzechPublicHealthProtection.doc)

correspondentemente às instituições de ensino público o dever de recusar a matrícula dos menores que não tenham o programa de vacina completo e atualizado<sup>285</sup>.

A resistência à vacinação é uma controvérsia que existe desde os primórdios da sua existência, mas o aparecimento de novas e desconhecidas doenças, os surtos de outras já consideradas erradicadas e a perceção das consequências de uma crise pandémica para a saúde pública, reiteram a preocupação dos Estados e das Comunidades Internacionais em dar resposta eficaz a este problema, uma vez que a aceitação generalizada da vacinação pelos cidadãos não é um dado adquirido, como bem podemos constatar.

Como forma de resposta ao decréscimo da cobertura vacinal e aos novos e recentes desafios colocados pelas doenças infecciosas, a Assembleia Mundial da Saúde implementou, em agosto de 2020, a “Agenda de Imunização 2030” (IA2030)<sup>286</sup> que estabelece estratégias globais quanto à vacinação e imunização para a década de 2021-2030, reconhecendo a existências de desafios (nunca antes) colocados pelas doenças infecciosas. A IA2030 consagra a imunização como um dos principais contributos para a efetivação do direito fundamental dos cidadãos de gozarem do mais alto nível possível de saúde física e mental, como forma de proteger a saúde das populações, mas também como um investimento no futuro, criando condições para um mundo mais saudável, próspero e seguro para as gerações vindouras: “um mundo onde todos, em todos os lugares, em todas as idades, beneficiem totalmente das vacinas para uma boa saúde e um bem-estar”<sup>287</sup>.

Sem problema de maior e em resultado do até aqui exposto, afirmamos sem hesitação que as vacinas traduzem-se num meio seguro e eficaz para a prevenção de doenças infecciosas por via do incremento da imunidade de grupo, constituindo uma importante ferramenta na proteção da saúde pública, nomeadamente no que concerne ao controlo da disseminação de doenças infectocontagiosas

---

<sup>285</sup> Sobre as questões da matéria de direito e de facto e respetivas conclusões, leia-se o comentário explicativo ao Acórdão elaborado pelo Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais do Ministério Público cf. FERREIRA, Paulo Marrecas, “TEDH, Grand Chambre, Vavricka e outros c. República Checa, Acórdão de 08 de abril de 2021”, *Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais do Ministério Público*, 20 de abril de 2021, disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/tedh-grande-chambre-vavricka-e-outros-c-republica-checa-acordao-de-08-de-abril-de-2021>

<sup>286</sup> WHO, *Imunization Agenda 2030: A Global Strategy To Leave No One Behind (IA2030)*, 1 de abril de 2020, disponível em <https://www.who.int/publications/m/item/immunization-agenda-2030-a-global-strategy-to-leave-no-one-behind>

<sup>287</sup> Da tradução, “A world where everyone, everywhere, at every age, fully benefits from vaccines for good health and well-being.”, *Ibidem*, p.8.

## CAPÍTULO V

### DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA ENQUANTO MEIO ESTADUAL LEGÍTIMO PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

#### 1. A inevitável (mas legítima) restrição de direitos fundamentais pela imposição da vacinação obrigatória

Inseridos numa sociedade que se caracteriza pela globalização e pelo constante movimento de pessoas e bens, proporcionando um ambiente propício à disseminação de doenças a nível interestadual, a imunização de grupo apenas será alcançada se obtida a nível global. Somente desta forma se poderá alcançar uma proteção da saúde pública na sua totalidade, sendo para tal fulcral que o Estado de cada país promova a vacinação do maior número de pessoas objetivando a obtenção da mais alta imunidade coletiva e a proteção eficaz a saúde pública, podendo justificar-se, neste contexto e em determinados casos, tendo em conta as características do agente infeccioso, a implementação da vacinação obrigatória.

A DGS <sup>288</sup> refere-se à vacinação como um “direito e um dever dos cidadãos, participando ativamente na decisão de se vacinarem com a consciência que estão a defender a sua saúde, a saúde pública e a praticar um ato de cidadania”.

Vivemos tempos em que os direitos e as liberdades individuais se mostram socialmente soberanas e intocáveis, muitas vezes de forma radical, relegando para segundo plano os direitos coletivos e a sua promoção e proteção.

Tendo já oportunidade de referir, o Estado assume um papel fulcral na proteção da saúde pública e na promoção da vacinação, mormente através da criação de um programa de vacinação eficaz e que permita a todos o seu acesso como forma de atingir a almejada imunidade coletiva quanto às doenças infecciosas que colocam em causa o bem-estar e a saúde da comunidade. É neste contexto que surge a discussão quanto à legitimidade da imposição da vacinação obrigatória como forma de efetivação do dever estadual de proteção da saúde, questionando-se se pode o Estado impor ao cidadão a vacinação obrigatória com forma de proteção da saúde pública.

---

<sup>288</sup>DGS, *Programa Nacional de vacinação*, disponível em <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-de-vacinacao/programa-nacional-de-vacinacao.aspx>

A temática colocada implica inevitavelmente a análise do conflito de direitos que se gera entre a necessidade de proteção da saúde pública e os direitos fundamentais dos cidadãos que são restringidos pela imposição desta medida em prol da proteção da saúde pública, tais como o direito à integridade pessoal<sup>289</sup>, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade/de autodeterminação<sup>290</sup> e a liberdade de consciência e de religião<sup>291</sup>.

O exercício dos poderes do Estado<sup>292</sup> está constitucionalmente limitado pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Tal limitação, salienta Gomes Canotilho<sup>293</sup>, é aduzida do artigo 18º, nº1 da CRP uma vez que o respeito pelos DLGs “vinculam as entidades pública”, nomeadamente o Estado, sendo que este não pode legislar através de normas incompatíveis com os direitos fundamentais.

Em princípio, o Estado não pode forçar um cidadão, contra a sua vontade, a suportar um procedimento invasivo e lesivo para os seus direitos, tal como o é a imposição da vacinação, dado que tal imperativo colidiria com a esfera de exercício dos direitos fundamentais do cidadão. na medida supra escrutinada. Se por um lado os cidadãos que recusam a vacinação são legítimos titulares e executores destes direitos, o Estado está constitucionalmente obrigado a proteger a saúde pública (e, em última análise, a vida da população). Uma lei que impusesse a vacinação obrigatória poderia, à primeira vista, apresentar-se como constitucionalmente impraticável por afetar direitos fundamentais do cidadão.

Particularmente relevante, afirma-se neste âmbito a relação entre a vinculação das entidades públicas aos DLGs, imposto pelo artigo 18º, nº1 da CRP, e o dever estadual

---

<sup>289</sup> Comentário ao art.25º da CRP: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp.453-457 e MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.402-439.

<sup>290</sup> Comentário ao art.26º, nº1 da CRP: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, pp.458-474; e MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.440-461

<sup>291</sup> Comentário ao art.41º da CRP: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, pp.607-617; e MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.645-667.

<sup>292</sup> Art.2º da CRP

<sup>293</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.383

de proteção imposto constitucionalmente ao Estado, relação particularmente evidentes nos direitos sociais, no qual se insere a saúde pública.

A este propósito Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva<sup>294</sup> falam numa “multifuncionalidade ou pluridimensionalidade dos direitos fundamentais”, uma vez que “a par de uma função de defesa (...) contra o Estado (...), os direitos sociais vieram afirmar a existência de uma função de prestação (...) em que o indivíduo exige do Estado um conjunto diversificado de atuações jurídicas e materiais”.

Atinente à caracterização da *função de proteção* dos direitos fundamentais, os autores referem<sup>295</sup> que “a vinculação do poder público aos direitos, liberdades e garantias não implica tanto um dever negativo de não os violar”, mas antes o cumprimento de um “dever positivo de os salvaguardar em face de terceiros e de os promover de forma ativa”.

Em cumprimento deste dever de proteção, o legislador ao pretender atuar irá defrontar-se perante claras situações de conflito. Neste sentido, a Constituição não proíbe em absoluto a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos quando tal se mostre necessário para a proteção de outros direitos fundamentais tutelados com a mesma intensidade. A permissão é conferida pelos artigos 18º, nºs 2 e 3 da CRP que de acordo com Gomes Canotilho<sup>296</sup>, estabelecem o “estatuto global das leis restritivas” e os princípios a que a intervenção legislativa (também a penal) está adstrita. Desta forma, refere o autor<sup>297</sup> que a restrição apenas será legítima quando verifique “cumulativamente” as seguintes condições: “(a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou eventualmente imposta) pela Constituição, ela mesma (nº1, 1ª parte); (b), que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguardar, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (nº2, 2ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respetivo preceito (nº3, *in fine*)”.<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> MIRANDA, Jorge/ SILVA, Jorge Pereira da, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, p.252.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, p.381

<sup>297</sup> *Ibidem*, p.388. O autor acrescenta ainda a necessidade do cumprimento de outros três requisitos quanto ao caráter da própria lei: tem de revestir caráter geral e abstrato, não pode ter efeito retroativo e tem de assumir a forma de lei da AR ou decreto-lei autorizado do governo

<sup>298</sup> Neste sentido, consagrando de forma expressa o *princípio da* proporcionalidade (em sentido amplo) enquanto critério de restrição direitos fundamentais para salvaguarda de outros direitos fundamentais, leia-

A imposição da vacinação obrigatória consubstanciará uma medida restritiva adotada pelo legislador em cumprimento do dever de proteção da saúde pública.

Para Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva<sup>299</sup>, “estabelecido um específico dever de proteção – o que não é possível sem reconhecer ao Estado uma prerrogativa de avaliação dos perigos envolvidos e de ponderação dos direitos conflitantes -, terá este de atuar em seu cumprimento”, começando este desde logo a seu efetivado no plano legislativo, nomeadamente, através da criação de “leis penais e sancionatórias” que “previnam e punam o desrespeito por certos direitos básicos”. Desta forma, entendem os autores que caberá ao legislador, dentro da “ampla liberdade de conformação” que lhe é reconhecida, decidir qual o meio adequado para o cumprimento do dever de proteção do direito fundamental que lhe é imposto tendo, contudo, como limite principal o princípio da proporcionalidade, “na sua dupla vertente de *proibição de defeito* – ou de proteção insuficiente – e de *proibição de excesso* – ou restrição injustificada. Desta forma, o legislador, em cumprimento do dever de proteção do direito fundamental que carece de proteção “só pode levar essa proteção até onde as eventuais medidas restritivas para o efeito mobilizadas possam ainda, nos termos do nº2 do artigo 18º, considerar-se não excessivas para salvaguardar o direito ameaçado”.<sup>300</sup>

Reconhecendo-se ao direito à saúde, consagrado no artigo 64º da CRP, uma *vertente positiva* correspondente à referida tarefa do Estado de adotar medidas necessárias e eficazes para a promoção da saúde da comunidade<sup>301</sup>.

Ciente do risco para a saúde pública, e sendo sua tarefa atuar para a defesa e proteção da mesma, na medida em que pode impor ao cidadão o cumprimento de determinadas medidas por força da sua vivência comunitária, o Estado tem de analisar os comandos legais que tem aos seus dispor apenas decidindo pela intervenção penal, quando tal se lhe afigure

---

se o Ac. TC nº155/2007, de 10 de abril in Diário da República nº 70/2007, série II de 2007-04-10, pp.9088-9100

<sup>299</sup> MIRANDA, Jorge/ SILVA, Jorge Pereira da, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, p.253.

<sup>300</sup> *ibidem*

<sup>301</sup> Sobre a dimensão subjetiva e objetiva do direito à saúde previsto no art.64º da CRP cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 342

Mais recentemente, a este propósito, pode ler-se no Acórdão do TC n.º 377/2015<sup>302</sup>, consagrando o princípio da proporcionalidade nas duas vertentes mencionadas enunciadas por Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, que o princípio da necessidade aparece consagrado enquanto “padrão legitimador da constitucionalidade das novas incriminações”. O TC refere, reiterando jurisprudência anterior, que “ao legislador ordinário deve ser reconhecida larga margem de liberdade de conformação na prossecução do que entenda dever ser a política criminal adequada, em cada momento histórico, às exigências de subsistência de bens coletivos fundamentais. Não sendo a Constituição um código detalhado de relações sociais ou sequer do modo de organização do Estado, «o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador» (Acórdão n.º 634/93, ponto 6), enquanto titular da função de primeiro mediador, ou concretizador, da ordem jurídico-constitucional (Acórdão n.º 347/86, ponto 7).”.

Contudo, acrescenta que a liberdade legislativa, em sede de Estado de Direito, está sujeita a “vínculos constitucionais”, nomeadamente quanto à definição de novas incriminações. Enunciado o princípio da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, de acordo com o qual “a decisão da sua definição *ex novo* não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada quanto à indispensabilidade do meio para a «salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»”, o TC “desdobra-o” em duas vertentes: “De acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar *digno* de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará o crivo da legitimação constitucional se o *bem jurídico* protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal. Em qualquer caso (...) a verificação destas duas vertentes, através das quais se traduz a exigência de proporcionalidade quando aplicada a medidas de política legislativa que se cifrem em decisões de novas incriminações, deve ser cumulativa: não basta que o «bem jurídico» protegido pelo novo tipo criminal se mostre *digno* de tutela penal; é ainda necessário que esse mesmo «bem» se revele dela [da tutela penal] «carente» ou «precisado».”.

---

<sup>302</sup> Ac. do Tc n.º 377/2015, Proc. n.º 658/2015 (conselheira Maria Lúcia Amaral), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>

Maria João Antunes<sup>303</sup> refere que o TC português tem reconhecido o princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico defendido doutrinalmente por Figueiredo Dias<sup>304</sup> enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade das normas incriminadoras de acordo com os critérios da dignidade e da carência penal.

Este princípio é na senda defendida por Figueiredo Dias<sup>305</sup>, mais do que critério de delimitação da intervenção penal, a verdadeira fonte legitimadora das incriminações, enquanto padrão crítico das normas constituídas e a constituir.

Maria João Antunes<sup>306</sup> não deixa, no entanto, de reconhecer que o conceito de crime por referência ao bem jurídico, enquanto padrão crítico das incriminações se encontra em “crise”, avistando-se no horizonte jurídico-dogmático outras categorias que se assumem capazes que cumprir esse papel, de que são exemplo, nomeadamente o princípio do Estado de Direito defendido por diversos autores da doutrina penal portuguesa, considerações que veremos em seguida

---

<sup>303</sup> ANTUNES, Maria João, op. cit. *nota 4*, 2020, p.51. No mesmo sentido também Nuno Brandão; BRANDÃO, Nuno, “Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: entre a obrigação Estadual de Proteção e a Proibição do Excesso”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. 1, 2017, pp.239-266

<sup>304</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit. *nota 2*, pp.42-43.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

<sup>306</sup> ANTUNES, Maria João, op. cit. *nota 4*, p.54

## 2. A necessidade (ou carência) da tutela penal enquanto padrão crítico das incriminações

Reconhecida a dignidade penal da saúde pública, concebendo legítima e fundamentadamente um bem jurídico-penal autónomo com capacidade para constituir critério de incriminação das normas que visam a sua proteção face a comportamentos típicos capazes de a colocar em perigo ou até mesmo lesar a saúde pública, importa ainda afirmar a *necessidade (carência) da intervenção penal* para que se justifique a tutela penal destas condutas.

Refere Costa Andrade<sup>307</sup>, é a dignidade penal que “assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de iminente *dignidade de tutela* devem gozar de proteção penal”. Contudo, tal não basta para se ter como legítima a tutela penal, sendo necessário, como salienta Figueiredo Dias<sup>308</sup>, que à noção de bem jurídico digno de tutela penal se acresça o critério da *necessidade (carência) da tutela penal* deduzido do *princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo* consagrado no artigo 18º, nº2 da CRP<sup>309</sup>, impondo à intervenção penal que deva “limitar-se ao necessário” para a proteção de bens jurídico-penais. Apenas desta forma se pode defender que a função do direito penal reside na tutela subsidiária de bens jurídico-penais e que a sua intervenção constituiu a “*ultima ratio* da política social”<sup>310</sup>.

Expressiva e elucidativa se mostra a fórmula de Joana Amaral Rodrigues<sup>311</sup>, a propósito da análise crítica que realiza sobre a crise da teoria do bem jurídico-penal, de acordo com a qual, “afirma-se em definitivo, juntando A (proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal) mais B (carência de tutela penal), que a função do direito penal reside na tutela subsidiária (de *ultima ratio*) de bens jurídico-penais”, com o “devido encaixe constitucional” conferido pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

---

<sup>307</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho, 1992, p.184.

<sup>308</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.146, §37.

<sup>309</sup> Art.18º da CRP (Força Jurídica): “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

<sup>310</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.146, §37.

<sup>311</sup> RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, Nº2, abril-junho 2013, p.193

Figueiredo Dias<sup>312</sup> entende que o Direito Penal, constituindo o meio mais intrusivo e oneroso para os direitos e liberdades das pessoas, o direito penal apenas poderá intervir quando todos os outros meios de tutela disponibilizados pelo ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados, pois como refere “uma política criminal que se queira válida para um Estado de direito material, de cariz social deve exigir do direito penal que só intervenha (...) onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”<sup>313</sup>.

Em concordância com a posição sustentada por Figueiredo Dias, também se vem manifestando TC português ao afirmar em diversos momentos a necessidade da intervenção penal enquanto critério de apreciação da constitucionalidade da aplicação de medidas criminais<sup>314</sup>, tendência jurisprudencial que, nas palavras de Maria João Antunes, se afigura como de “continuidade e não de rutura”<sup>315</sup>. Se logo em 1985, como refere Figueiredo Dias<sup>316</sup>, o TC no Ac. n.º59/85 declarou que “a Constituição acolhe o princípio da necessidade (para defesa dos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos) ou da máxima restrição (compatível com aquela defesa) das penas e das medidas de segurança (...), sendo certo que por serem as sanções penais aquelas que, em geral, maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais, devem ser evitadas, na existência e na medida, sempre que não seja certa a sua necessidade”<sup>317</sup>, mais recentemente, e de forma linear, Maria João Antunes<sup>318</sup>, indica o Ac. do TC n.º377/2015<sup>319</sup>, onde se pode ler a (re)afirmação do princípio da necessidade da pena, consagrado no artigo 18.º, n.º2 da CRP, enquanto critério legitimador da constitucionalidade das novas incriminações em duas vertentes essenciais: “de acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que

---

<sup>312</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p.147, §38.

<sup>313</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 53, p.251.

<sup>314</sup> Sobre esta jurisprudência constitucional, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 2, p.43 e ss., RODRIGUES, Joana Amaral, “*op. cit.* na nota 311 e ss. e ANTUNES, Maria João, *op. cit.* na nota 4, p.51 e ss.

<sup>315</sup> ANTUNES, Maria João, *op. cit.* na nota 4, p.51

<sup>316</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 2, p.43.

<sup>317</sup> Ac. TC n.º59/85, de 27 de março de 1985, Cf. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º volume (1985), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p.689 e ss.

<sup>318</sup> ANTUNES, Maria João, *op. cit.* na nota 4, p.52.

<sup>319</sup> Ac. do TC n.º377/2015, proc. n.º658/2015 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), de 12 de agosto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>, n.º 10 e ss., ponto B da “II-Fundamentação”. Neste Ac., o TC refere variada jurisprudência constitucional anterior que, no mesmo sentido, indicou o princípio da necessidade da pena enquanto critério da constitucionalidade da incriminação.

se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar *digno* de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará o crivo da legitimação constitucional se o *bem jurídico* protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal. Em qualquer caso – di-lo também a jurisprudência – a verificação destas duas vertentes, através das quais se traduz a exigência de proporcionalidade quando aplicada a medidas de política legislativa que se cifrem em decisões de novas incriminações, deve ser cumulativa: não basta que o «bem jurídico» protegido pelo novo tipo criminal se mostre *digno* de tutela penal; é ainda necessário que esse mesmo «bem» se revele dela [da tutela penal] «carente» ou «precisado». Assim (...) as sanções penais, «por serem aquelas que em geral maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais» (Acórdão n.º 99/02, ponto 5) só serão constitucionalmente legítimas se através delas se protegerem bens jurídicos que se mostrem *dignos* de tutela penal. (...) esta afirmação equivale a dizer que toda e qualquer decisão legislativa de política criminal, que se traduza na opção de definir novos tipos de crimes e de prever para eles novas penas, deve desde logo revelar-se como uma medida adequada para conferir amparo a interesses, individuais ou coletivos, de conservação ou manutenção de valores sociais aos quais seja possível reconhecer a máxima relevância jurídica; e que, em Estado de direito democrático, o critério para a determinação do que seja a «máxima relevância jurídica» de certo valor social que deva ser preservado há de encontrar-se, não em um qualquer *corpus* normativo que seja exterior à Constituição, mas apenas dentro dela e no quadro axiológico que lhe seja próprio. É neste sentido – exigido pelo primado normativo da Constituição, decorrente do n.º 1 do artigo 3.º da CRP – que se diz que, em cada nova incriminação, «há de observar-se uma estrita analogia entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais» (Acórdão n.º 108/99, ponto 4); e que «toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal *claramente* definido é nula, porque materialmente inconstitucional» (Acórdão n.º 179/2012, ponto 7). Em segundo lugar, (...) a decisão de prever novos crimes e novas penas não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada [quanto à indispensabilidade da tutela penal para a realização de um fim *suficientemente valioso* que a justifique], (...) a pena só será necessária quando se mostrar adequada para proteger bens jurídicos que se mostrem *carentes* de tutela penal. Não basta que, em cada nova incriminação, se divise a intenção de preservar um valor

social que, de acordo com a Constituição, possa ser tido como merecedor do mais elevado grau de proteção jurídica; é ainda necessário que o fim almejado – a preservação de tal valor – não possa ser realizado por outro meio de política legislativa que não aquele que se traduz no recurso à intervenção penal. Como se disse no Acórdão n.º 108/99, ponto 4: «o direito penal, enquanto *direito de proteção*, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger *bens jurídicos* – e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas *menos violentas* do que as sanções criminais». E isto por, face ao disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, dever ser a intervenção penal sempre *subsidiária e fragmentária*, a evitar quando não seja certo que inexistem outros meios, de diversa índole e por isso mesmo menos gravosos, para a realização dos fins que inspiraram a intervenção do legislador.”.

Em conformidade com o exposto se afigura a posição preconizada por Figueiredo Dias<sup>320</sup> de acordo com a qual, o bem jurídico objeto de tutela por reconhecida dignidade penal funda o “critério orientador (e legitimador)” da incriminação; porém, o que justifica a intervenção penal, enquanto “critério determinativo ou delimitativo da conduta criminalmente relevante”. Nisto se traduz o princípio jurídico constitucional do bem jurídico-penal preconizado por Figueiredo Dias<sup>321</sup>.

Tendencialmente diferente, e cuja menção neste âmbito suscita relevância, é a posição sustentada pelo TC alemão e entre nós seguida por Nuno Brandão<sup>322</sup>. A jurisprudência constitucional alemã afirma o *dever estadual de proteção de bens jurídicos fundamentais* como critério de legitimação da intervenção penal, como se pode aduzir da análise ao Ac. do TC de 25 de fevereiro de 1975 (*BVerfGE* 39, 1)<sup>323</sup>.

No referido texto jurisprudencial, discutia-se a questão de saber se, sendo a vida uterina um bem jurídico protegido constitucionalmente<sup>324</sup>, haveria ou não um dever estadual de proteção deste bem jurídico na medida em que impusesse a incriminação de comportamentos que atentassem contra a vida uterina nas primeiras 12 semanas de gestação<sup>325</sup>. O TC alemão entendeu que “o dever de proteção do estado é abrangente. Ele

---

<sup>320</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, O “*direito penal do bem jurídico*” como princípio jurídico-constitucional implícito, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 145º, nº3998, maio-junho de 2016, p.266.

<sup>321</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 53, p.251

<sup>322</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* na nota 19, p.639 e ss.

<sup>323</sup> BVerfGE 39, 1, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>. Analisando este acórdão, BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 19, p.589 e ss.

<sup>324</sup> Art.2º, nº2, primeira parte e art.1º, nº1 da Lei Fundamental Alemã (GG)

<sup>325</sup> Apreciava o TC alemão, entre outras medidas, da constitucionalidade do art.218º do CP alemão introduzido pela reforma de 1974 (Quinta Lei de Reforma do Código Penal alemão (5º StrRg), de 18 de

não só proíbe (...) a intervenção direta do Estado no desenvolvimento da vida, como também ordena ao Estado que assuma um papel protetor e solidário diante desta vida, o que significa sobretudo protegê-la da intervenção de terceiros”<sup>326</sup>, decorrendo para o Estado a obrigação de proteger qualquer forma de vida, incluindo a intrauterina, tendo sido declarada a nulidade da lei que pretendia despenalizar a interrupção voluntária da gravidez por se mostrar incompatível com o direito à vida, e com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constante no art.1º, n.º 1 da GG<sup>327</sup>.

Na jurisprudência constitucional portuguesa, que em grande e inegável medida aproveita do pensamento jurisprudencial constitucional alemão como bem faz notar Nuno Brandão<sup>328</sup>, discutiu o TC português no Acórdão n.º 75/2010<sup>329</sup> (reiterando o entendimento de jurisprudência anterior, Ac. n.º85/1985<sup>330</sup>, de que a vida intrauterina é um bem jurídico objetivo, digno e carente de tutela penal em todas as fases pré-natais integrando a proteção do direito fundamental à vida), a propósito da apreciação da inconstitucionalidade e ilegalidade de um novo regime legal despenalizador da interrupção voluntária da gravidez fundado num modelo de prazo<sup>331</sup>, se esta nova “solução de impunibilidade (...) corresponde ou não a “deixar totalmente desprotegida a vida humana até às 10 semanas”(...)”<sup>332</sup>. O TC português, mais do que a questão da despenalização fundada num modelo de prazo, apreciou se a previsão legal permitiria que o Estado cumprisse o seu dever de proteção do bem jurídico vida intrauterina, dado que “o Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer ação suscetível de acarretar a destruição dos seu desenvolvimento no ventre materno.

---

junho de 1974) que descriminalizava a interrupção voluntária da gravidez realizada até à 12ª semana de gestação

<sup>326</sup> *Ibidem*, p.42, II. 1.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p.68

<sup>328</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 19, p.593, ponto 2.

<sup>329</sup> Ac. do TC n.º75/2010, Processos n.ºs 733/07 e 1186/07 (Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

<sup>330</sup> Ac. TC. n.º85/85, Processo n.º 95/84 (Conselheiro Vital Moreira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>. Quanto à proteção constitucional conferida à vida intrauterina, diferentemente da jurisprudência alemã, o TC português refere que apesar desta beneficiar do estatuto de bem constitucionalmente protegido ao abrigo da proteção geral conferida à vida humana enquanto bem constitucional objetivo, nos termos do art.24º, n.º1 da CRP, “só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais (...) pelo que o regime constitucional de proteção (...) do direito à vida (...) não vale diretamente para a vida intra-uterina e para os nascituros. (...) o feto (ainda) não é uma pessoa (...) não podendo por isso ser diretamente titular de direitos fundamentais enquanto tais.” sendo “(...) configuráveis hipóteses, em que, o bem constitucionalmente protegido que é a vida pré-natal, enquanto valor objetivo, tenha de ceder em caso de conflito (...)” *Ibidem*, ponto 2.2.

<sup>331</sup> Introduzido pela Lei n.º16/2007, de 17 de abril.

<sup>332</sup> Ac. TC n.º75/2010, *op. cit.*, ponto 11.4.1

Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias de “garantia de efetivação” (...) designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante (...)”<sup>333</sup>. Para tal, afirmou o TC português, que “na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso*, por afetação, *para além* do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, dignidade pessoal e autodeterminação. Mas também deve, no polo oposto, não descurar o valor objetivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida *mínima*, sendo violada a *proibição de insuficiência* (...) quando as normas de proteção ficam *aquém* do constitucionalmente exigível”<sup>334</sup>.

Neste seguimento Nuno Brandão<sup>335</sup>, reconhecendo a posição de Figueiredo Dias de que “todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico”<sup>336</sup>, entende<sup>337</sup> contudo de forma diferente, ser no *dever de proteção de direitos fundamentais* que a intervenção penal encontra o seu critério legitimador, radicado no artigo 2º da CRP<sup>338</sup>, concretamente, na “garantia de *efetivação* dos direitos e liberdades fundamentais”, enquanto expressão do princípio do Estado de Direito<sup>339</sup>. Concebo-o Nuno Brandão<sup>340</sup>, como um critério aplicado a todos o domínio dos bens jusfundamentais e caracterizado enquanto critério

---

<sup>333</sup> *Ibidem*, ponto 11.4.3

<sup>334</sup> *Ibidem*. Sobre o Ac., BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 19, p.595, e ANTUNES, *op. cit.*, nota 4, pp.67 e 68.

<sup>335</sup> BRANDÃO, Nuno, “Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição do Excesso”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, V. I, 2007, p.240

<sup>336</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 53, p.251

<sup>337</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 19, p.601. Também neste sentido, Reis Novais, ao afirmar que “os direitos fundamentais, na medida em que se concebem também como encargos sociais jurídico-constitucionalmente vinculativos, convertem-se em fundamentos substanciais da atuação do Estado, funcionando como legitimação da sua atividade e determinando constitutivamente, enquanto quadros, impulsos e diretivas, as próprias funções do Estado”, Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 3ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p.75.

<sup>338</sup> Diferentemente de Nuno Brandão, Reis Novais fundamenta o dever de proteção de direitos fundamentais na previsão constitucional do art.18º, nº1 da CRP. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 3ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p.88 e ss. Neste sentido, também MIRANDA, Jorge/SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, “Art.18º”, p.342 e ss.; e ANDRADE, Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição*, p.205.

<sup>339</sup> Neste sentido, CONOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, p.208

<sup>340</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 19, p.601.

de *legitimação positiva*, isto é, no sentido de estabelecer “quando é que o direito penal *pode ou eventualmente deve ser chamado* a intervir com o seu arsenal sancionatório”<sup>341</sup>.

Para Nuno Brandão<sup>342</sup>, no artigo 18º, nº2 da CRP recorrentemente invocado enquanto critério legitimador da intervenção penal, encontra-se vertida uma *legitimação negativa*, ou seja, está em causa saber quando é que o direito penal *não pode atuar*, expressando este artigo uma caráter meramente delimitador da intervenção penal, dando expressão ao *princípio da proibição do excesso*, dado que este imperativo constitucional tem como única finalidade regular as restrições aos direitos fundamentais face a uma possível intervenção penal.

Seguindo a posição do TC alemão, Nuno Brandão entende, pois, que o critério legitimador da intervenção penal se consubstancia no princípio da *proibição da insuficiência*, reconduzido à garantia de efetivação de direitos fundamentais deduzido do princípio do Estado de Direito consagrado pelo artigo 2º da CRP, sendo que o artigo 18º, nº2 da CRP, dá corpo ao princípio da *proibição do excesso* enquanto critério delimitador da intervenção penal, mas não fundamentador<sup>343</sup>.

Nuno Brandão<sup>344</sup>, entende que o artigo 18º, nº2 da CRP se reconduz a uma dimensão clássica dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa do cidadão perante o Estado, no sentido que se opõem ao Estado “como barreiras para deter os ataques” que este pretenda infringir no indivíduo e nos seus direitos. Nesta perspetiva, os direitos fundamentais *de defesa* apenas expressam uma limitação à atuação Estadual, impondo-lhe que se abstenha de os ofender, não oferecendo qualquer critério que possa legitimar a sua atuação (apenas, a sua não atuação).

Essa legitimação de intervenção estadual, uma legitimação positiva, é oferecida antes pela dimensão objetiva<sup>345</sup> que os direitos fundamentais também em si encerram, e que se traduz no reconhecimento de um dever estadual de proteção de bens

---

<sup>341</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.*, 19, p.572

<sup>342</sup> *Ibidem.* e BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* nota 337, p.241

<sup>343</sup> *Ibidem*, p.572 e 573 e pp.575 e 576 e BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* nota 337., p.242.

<sup>344</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* 337, p.243 e ss.

<sup>345</sup> Reconhecendo o dever de proteção estadual enquanto derivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 123 e s., CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 273 e s., CANOTILHO, Gomes, Direito Constitucional<sup>7</sup>, pp. 273 e 407, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, Constituição Portuguesa Anotada, I 2, Art. 18.º, p. 342 e ss., e ANDRADE, Vieira de, Os Direitos Fundamentais<sup>5</sup>, pp. 137 e ss., 164 e s. e 205

jusfundamentais<sup>346</sup>. Entende Nuno Brandão, que o reconhecimento de tal dever se “consubstancia numa obrigação posta sobre o Estado de tomar as medidas necessárias para proteger adequada e eficazmente bens jurídicos de valia constitucional jusfundamental em relação a ameaças que possam ter a sua génese em comportamentos dos particulares em geral”, dever este que entende comprometer todos os poderes estaduais, incluindo o judicial, mas principalmente ao legislativo que, na senda do reconhecimento da ampla margem de conformação que lhe é atribuída, derivada do princípio da separação de poderes e da legitimidade democrática, decide “do quando” e “do como” da prossecução desse dever estadual de proteção de direitos fundamentais <sup>347</sup>.

Ao dever de proteção estadual, Nuno Brandão<sup>348</sup> acrescenta ainda a necessidade legitimadora da verificação da “conformidade constitucional da intromissão restritiva” imposta pelo princípio da proibição do excesso, este sim que reconduz ao âmbito de aplicação do artigo 18º, nº2 da CRP. Ora, refere o autor<sup>349</sup> que no caso de se tratar de uma atuação legislativa com relevo criminal, ainda é necessário afirmar a dignidade penal do facto e a necessidade de pena. Apesar de apelar às categorias dogmáticas da dignidade e da necessidade penal, entende que estas são um “*posterius* de legitimação” (pela positiva), e não um “*pirus* de legitimação” (pela negativa) como caracterizadas por Figueiredo Dias; “são o ponto de chegada e não o ponto de partida da decisão legislativa sobre a criminalização e da sua legitimação”

Não retirando mérito à posição de deste autor, reitera Figueiredo Dias<sup>350</sup> que ainda é sob a égide do princípio jurídico-constitucional do bem jurídico que a intervenção penal encontra legitimação: é ao abrigo da disposição constitucional do art.18º, nº2 da CRP, enquanto consagração do critério da *necessidade (carência)* da tutela penal, expressão do princípio da subsidiariedade e da proibição do excesso, que o direito penal encontra a fonte legitimadora da sua atuação. Sustentando este pensamento <sup>351</sup>, refere que “a dignidade penal e a carência de tutela penal como corolários do princípio jurídico-constitucional do bem jurídico não (...) são incompatíveis com o princípio da proibição do excesso”, representando antes, “lídimas expressões do seu modo de ser jurídico-

---

<sup>346</sup> BRANDÃO, Nuno, op. cit na nota337, p.243 e ss.

<sup>347</sup> BRANDÃO, Nuno, “op. cit na nota 337, p.246.

<sup>348</sup> BRANDÃO, Nuno, op. cit na nota 337, p.251

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit. na nota 53, pp.146 e op. cit. nota 1, p.147, §37 e §38

<sup>351</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit. nota 53, pp.265.

penal”, estas categorias dogmáticas, “ao incorporarem o paradigma liberal do bem jurídico (...) afeioam o princípio da proibição do excesso às exigências específicas postas pelo direito penal, (...) abrindo caminho – e colegitimando-o sob a perspectiva do Estado de Direito material – à sua concreta materialização como autêntico direito penal liberal”<sup>352</sup>, sendo que desta forma “o princípio do direito penal do bem jurídico permanecerá no essencial (também) como fonte legitimadora”<sup>353</sup>.

Figueiredo Dias não descora do valor do princípio do Estado de Direito material contemporaneamente preocupado com a “consistência dos direitos, das liberdades e das garantias das pessoas”<sup>354</sup>, orientado por “considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e económicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem”<sup>355</sup>. Contudo, defende<sup>356</sup> que a legitimação do direito estadual de punir “provém (...) da exigência (...) de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade”, nisto se consubstanciando a “regra do Estado de Direito Democrático, segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne indispensável ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais *dos outros* ou da *comunidade enquanto tal*”, sendo este o sentido aduzido do artigo 18º, nº2 da CRP quando dispõe que as restrições aos DLGs devem “limitar-se ao necessário”.

Figueiredo Dias<sup>357</sup> defende, assim, que o critério legitimador da intervenção estadual punitiva encontra materialização na *necessidade* dessa intervenção <sup>358</sup>, atuando o princípio jurídico-constitucional do bem jurídico como critério *orientador* (pela

---

<sup>352</sup> *Ibidem*.

<sup>353</sup> *Ibidem*.

<sup>354</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, p. 30, §14. Sobre o conceito de estado de direito material, em confronto com o Estado de Direito formal, Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal e Estado-de-Direito-Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime”, in *Revista de Direito Penal*, nº31, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp.38-53.

<sup>355</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 354, p.39

<sup>356</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 1, pp.140-1410, §30.

<sup>357</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* na nota 53 , p.266.

<sup>358</sup> No mesmo sentido, Conceição Cunha, ao referir que “este preceito” (sobre o art.18º, nº2 da CRP) “ao impor que a restrição de direitos, liberdades e garantias se limite ao *necessário* para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, está a exigir, por um lado, que a justificação da intervenção penal se encontre na proteção de bens jurídicos (...) e, por outro lado, que ela respeite o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso”, defendendo assim, á semelhança de Figueiredo Dias a carência da tutela penal como requisito de legitimidade da intervenção penal. Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*Constituição e Crime*” – *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*” (Estudos e Monografia), Porto: Universidade Católica Portuguesa - Editora, 1995, pp.232 e 233.

definição dos bens jurídicos com dignidade penal) e *delimitador* (pela definição das situações carentes de tutela penal em respeito ao princípio da proporcionalidade, nomeadamente, da proibição do excesso). Apenas desta forma o direito penal poderá ver a sua índole de *ultima ratio* afirmada no seio comunitário (o que, na perspetiva do autor, já não advirá tão linearmente do reconhecido constitucionalmente, ao abrigo do art.2º da CRP, dever de proteção estadual dos direitos fundamentais).

Concordando com a posição de Figueiredo Dias, entendemos ser também a necessidade da intervenção penal o critério legitimador a seguir. Quando o Estado atua protegendo direitos jusfundamentais está a cumprir uma função que lhe é imposta pela Constituição: a da “garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”, função esta que, sem dúvida alguma, é reconduzida ao princípio do Estado de Direito (material) Democrático, como elucidado *supra*.

Contudo, entendemos, também, que esta função protetiva não pode consubstanciar o critério legitimador da intervenção penal, pois apenas expressa, de forma simplista, que o Estado *tem* de atuar para proteção dos direitos e liberdades fundamentais; daqui não retiramos qualquer orientação de *como* ou *quanto* o direito penal tem de atuar. Esta orientação última será obtida pelo princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18º, nº2 da CRP, mormente pelo critério da necessidade da intervenção penal, constituindo critério último de legitimação da intervenção penal, sendo neste âmbito que toda e qualquer incriminação encontrará justificação.

### **3. O dever estadual de proteção da saúde pública face à problemática doutrinal das imposições constitucionais de criminalização**

Reconhecida e defendendo a *necessidade* (ou carência) da tutela penal enquanto *critério legitimador último da intervenção penal*, facto é que da conjugação do artigo 64º com os artigos 2º e 9º, al d) da CRP resulta como afirmamos uma imposição constitucional de *proteção* da saúde pública atinente à sua efetivação no ordenamento jurídico enquanto tarefa fundamental do Estado

Previsto no âmbito dos direitos sociais e consagrando o direito fundamental à saúde, o art.64º da CRP, paralelamente a um *direito à proteção da saúde*, consagra um *dever à proteção e promoção da saúde*, o que nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>359</sup> corresponde à materialização constitucional de um “direito-dever”, podendo mesmo, referindo expressamente os autores, fundamentar determinadas imposições legais de que é exemplo a obrigatoriedade da vacinação.

Debrucemo-nos então sobre à possibilidade de o constitucionalmente imposto dever de proteção estadual da saúde pública (artigo 64º da CRP), enquanto tarefa fundamental do Estado, poder fundamentar e legitimar a existência de uma imposição constitucional de criminalização das condutas atentórias da saúde pública, tal como é, referimos nós supra, a recusa da vacinação obrigatória.

Reafirmando a proteção (subsidiária) de bens jurídicos enquanto função que é atribuída ao Direito Penal pela relação de analogia material que estabelece com a ordem dos valores fundamentais constitucionalmente protegidos, em consonância com o princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico formulado por Figueiredo Dias<sup>360</sup>, questiona-se, se por força da aludida dimensão objetiva que assumem os direitos fundamentais e pelo conseqüente dever estadual de os proteger, a Constituição impõe ao legislador a obrigação de criminalizar determinadas condutas por colocarem em perigo ou lesarem determinados bens jurídicos, o que introduz no âmbito jurídico-penal a discussão relativa à problemática das imposições constitucionais implícitas de criminalização, salienta Maria João Antunes<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.826.

<sup>360</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit. nota 2*, pp.31 e ss

<sup>361</sup> ANTUNES, Maria João, *op. cit. nota 4*, p.66.

Relativamente a esta matéria, vários são os autores que sobre ela têm tomado considerações uma vez que, na expressão de Figueiredo Dias, esta é uma problemática “de extrema importância, no que toca ao relacionamento material entre o direito penal e direito constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos<sup>362</sup>”. No mesmo sentido, também Maria João Antunes<sup>363</sup>, salientando que a “ligação específica” entre os direitos fundamentais e o direito penal destaca-se (também), no plano da “identificação de imposições constitucionais implícitas de criminalização”.

A este respeito, refere Maria João Antunes<sup>364</sup> que por intermédio da simbiose estabelecida entre os direitos fundamentais e o direito penal patente antes de mais na relação de mútua referência entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico penal, a mesma permite identificar determinadas proibições constitucionais de incriminação e imposições constitucionais (explícitas e implícitas) de criminalização, fundadas em direitos fundamentais e na sua proteção. O princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, mais do que auxiliar na determinação de quais comportamentos estarão excluídos do âmbito da intervenção penal por não se mostrarem ofensivos ou perigosos para bens jurídicos, atuará sobre o legislador enquanto meio de pressão, determinando quais as condutas que, em prol da proteção de determinados bens jurídicos, terão a sua criminalização constitucionalmente imposta e quais as que cuja descriminalização lhe estará constitucionalmente vedada<sup>365</sup>.

Quanto à razão subjacente da possibilidade de previsão de imposições expressas de criminalização, entende Maria Fernanda Alma<sup>366</sup> que a questão se encontra relacionada com a existência de uma “positividade histórica do Direito Penal”, no sentido que em “a proteção de certos direitos fundamentais e a tutela de determinadas características essenciais do Estado de direito democrático parecem inculcar (...) a ideia de *necessidade do Direito Penal*”

Faria Costa<sup>367</sup> identifica no art.117º, nº3 da CRP<sup>368</sup> a previsão de uma *imposição expressa de criminalização*, entendendo que nesta matéria o legislador está “obrigado a

---

<sup>362</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 61, p.148, §39

<sup>363</sup> ANTUNES, Maria João, *op. cit.* nota 4 pp.59 e 60.

<sup>364</sup> ANTUNES, Maria João, *op. cit.* nota 4, pp.59 e 60

<sup>365</sup> *Ibidem*, p.66 e bibliografia indicada pela autora na nota 144.

<sup>366</sup> PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.53.

<sup>367</sup> COSTA, José de Faria, *op. cit.* nota 54, p.122.

<sup>368</sup> Art.117º da CRP (Estatuto dos titulares de cargos políticos): “3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respetivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato.”

criminalizar certo tipo de condutas que se prendem com a responsabilidade dos titulares de cargos políticos”.

Criticamente, Conceição Cunha<sup>369</sup> entende que se trata de uma imposição “muito vaga, uma vez que a Constituição apenas refere que “a lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos”, nada dizendo sobre qual o tipo de comportamento que deverá ser criminalizado”.

No entanto, ressalvada esta norma, *parece* ser este o único caso em que a Constituição admite uma imposição de criminalização, não havendo qualquer outra previsão legal da qual se possa perspetivar semelhança conclusão.

A propósito da previsão constitucional de imposições expressas de criminalização, Figueiredo Dias<sup>370</sup>, não se posicionando quanto a uma qualquer identificação no texto constitucional, refere, contudo, que “onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade da intervenção penal para tutela de bens jurídicos, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respetivos”. Sufragando a mesma opinião, Nuno Brandão<sup>371</sup>, refere que nestes casos “é a própria Constituição a impor um específico modo de atuação normativo para responder a uma necessidade de tutela de um direito fundamental”.

Fora as situações de imposição de criminalização expressa (reconhecidas ou a reconhecer), ambos os autores, apesar de defenderem um distinto critério legitimador da intervenção penal<sup>372</sup>, posicionam-se pela *inexistência* de imposições constitucionais de incriminação, contudo, diga-se, num “*grau de inexistência*” diferente.

Figueiredo Dias<sup>373</sup> sustenta que “onde inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam”. Em coerência, acrescenta Nuno Brandão<sup>374</sup> que “em regra a Lei Fundamental deixa (...) em aberto e ao cuidado do legislador ordinário a definição dos concretos termos através dos quais deverá

---

<sup>369</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*op. cit. nota 358*, p.310.

<sup>370</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit. nota 1*, p.148, §39

<sup>371</sup> BRANDÃO, Nuno, *Crimes e op. cit. nota 19*, p.636, §30.3.1, ponto 1.

<sup>372</sup> Para Figueiredo Dias, o critério legitimador da intervenção penal é reconduzido ao princípio jurídico-constitucional do bem jurídico penal, concretamente ao critério da necessidade da intervenção penal. Diferentemente, Nuno Brandão, defende o dever estadual objetivo de proteção de bens jusfundamentais como critério legitimador da incriminação.

<sup>373</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit. nota 11*, p.149, §39

<sup>374</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit. nota 19*, §30.3.1, ponto 1.

ser dinamizada a tarefa estadual de proteção jusfundamental. (...) só esta concepção é congruente com uma visão do quadro de valores constitucional como ordem axiológica aberta, flexível e compatível com o pluralismo social. A esta ideia de Constituição (...) é profunda e irremediavelmente estranho um pensamento de transigência, por pequena e limitada que seja à ideia de imposições constitucionais *absolutas* de criminalização”.

Aqui reside o diferente “*grau de inexistência*” quanto à admissão das imposições de incriminação que mencionamos supra.

Figueiredo Dias<sup>375</sup> recusa qualquer imposição constitucional implícita de criminalização<sup>376</sup> por força do inultrapassável critério da necessidade (ou da carência) da tutela penal que “que (...) caberá ao legislador ordinário utilizar e que só em casos gritantes poderá ser jurídico-constitucionalmente sindicado, nomeadamente, por violação do princípio da proporcionalidade me sentido estrito”<sup>377</sup>.

Já Nuno Brandão<sup>378</sup>, recusando a existência de imposições constitucionais *absolutas* de criminalização pela sua incompatibilidade com uma ideia de Constituição aberta, plural e flexível e com a função estadual de proteção de direitos fundamentais, admite porém a existência de imposições constitucionais *relativas* de criminalização, “no sentido em que só serão de acolher se, na realidade, for de concluir que, (...) *nenhum outro meio* de tutela para além do penal permitirá assegurar uma proteção adequada e eficaz do bem jurídico”<sup>379</sup>, valendo neste âmbito uma ideia de *necessidade* para fundamentar a rejeição das imposições absolutas de criminalização<sup>380</sup>, no sentido em que “ a Constituição quer que o legislador garanta uma proteção adequada e eficaz dos bens jusfundamentais (...). De modo que (...), vai aqui constitucionalmente implícita uma atribuição de legitimidade ao legislador ordinário para identificar as ameaças para bens

---

<sup>375</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* nota 1, p.149, §39. Partilhando do mesmo entendimento, Gomes Canotilho que sustenta a “inexistência, na Constituição de 1976, da obrigação de penalização por ofensa de bens constitucionalmente protegidos”, reconhecendo-se ao legislador penal uma “ampla margem (...) quanto à individualização dos bens carecidos de tutela”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal: contributo para uma teoria da legislação*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Nº Especial – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. 1, 1984, pp.855 e 856.

<sup>376</sup>No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira

<sup>377</sup> Como referência à violação eventual do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o autor exemplifica o caso em que o legislador ordinário pretendesse sancionar o homicídio doloso por via de recurso aos ilícitos jurídicocivis, ou quando descriminalizasse totalmente a lesão de bens jurídicos individuais e criminalizasse de forma reiterado os bens jurídicos patrimoniais. *Ibidem, op. cit.* nota 61, p.149, §39.

<sup>378</sup> BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* nota 19, pp.636-640, §30.3.1, pontos 1 e 2.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p.640, §30.3.1, ponto 3.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p.638, §30.3.1, ponto 2

jusfundamentais em relação às quais se justifica uma ação protetiva estadual, para discernir os possíveis meios de tutela e para (...) definir um programa de tutela”<sup>381</sup>. Acrescenta ainda<sup>382</sup> que, estas seriam sempre imposições “à condição” por ainda deverem respeito ao princípio da proibição do excesso (artigo 18º, nº2 da CRP) e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (art.18º nº3 da CRP).

No sentido da admissão das imposições constitucionais de criminalização, refira-se também a posição sufragada por Conceição Cunha, cuja obra “*Constituição e Crime*” discorre de forma detalhada esta problemática.

Conceição Cunha, reconhecendo a existência de uma ordem de valores constitucionais<sup>383</sup>, que designa por “núcleo do Direito Penal”<sup>384</sup> posiciona-se quanto à possibilidade da admissão de imposições constitucionais de incriminação; não perante a “totalidade dos valores constitucionais”, mas relativamente a “condutas de *inequívoca e elevada* dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal *de tal modo que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção*”<sup>385</sup>.

Particular pertinência nos suscita a cisão dogmático-jurídica a que a autora procede quando às categorias da *legitimidade* e da *necessidade* da intervenção penal. Conceição Cunha começa por referir que do facto de a Constituição fundar e limitar a intervenção penal, não se pode concluir de imediato que o mesmo signifique que a Constituição impõe a criminalização<sup>386</sup>. Reconhece uma “dupla faceta” ao *Direito Penal*, no sentido em que constituiu “a arma mais terrível nas mãos do Estado (...) por conter as sanções que (...) mais interferem com valores fundamentais da pessoa (...). Mas (...)

---

<sup>381</sup> *Ibidem*, p.640, §30.3.1, ponto 2.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p.640 e 641, §30.3.1, ponto 3.

<sup>383</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit* 358, p.321-326. Neste sentido, João Loureiro, admitindo as imposições constitucionais de criminalização perante condutas lesivas do “conteúdo essencial absoluto dos direitos” afirmado por referência ao princípio último e basilar da dignidade humana. Cf. LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, Coimbra, FDUC, 2003 (Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à FDUC), p.947.

O reconhecimento deste “núcleo essencial e absoluto de bens jurídicos” é criticado por Nuno Brandão dado que aceitá-lo retiraria qualquer margem de liberdade decisória ao legislador ordinário uma vez que “face a certo tipo de ofensas, os bens jurídicos a eles inerentes seriam apenas e só bens jurídico-penais”. Cf. BRANDÃO, Nuno, *op. cit nota 19*, , pp.637, §30.3.1, pontos 1

<sup>384</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*op. cit nota 358*, , p.303. Apesar de não descorar das dificuldades atinentes à sua demarcação nas atuais sociedades abertas e pluralistas, *ibidem*, p.303 e p.317 e ss.

<sup>385</sup> *Ibidem*,

<sup>386</sup> *IBidem*, p.271.

imprescindível para a própria defesa dos valores essenciais (...)”<sup>387</sup>; e à *Constituição* dado que “contém os princípios de defesa do indivíduo face ao poder estadual (...)” e “mas face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais”.<sup>388</sup>

Defende a mesma que “só faz sentido perguntarmos pela existência de obrigações constitucionais de criminalização se pudermos afirmar a existência de deveres de proteção estadual de valores constitucionais”<sup>389</sup>, função esta que apesar de imprescindível, nem sempre cabe em primeira linha ao direito penal cumprir; tal afirmação conduziria a uma proteção excessiva, desnecessária e intolerável e de todos os valores constitucionais<sup>390</sup>. A intervenção penal não se bastará com a afirmação da sua *legitimidade*, aferida por referência ao dever estadual de proteção de bens jurídicos, exigindo-se a verificação da *necessidade* desse intervenção, nos termos em que a intervenção penal deve obediência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo-lhe permitindo apenas “punir os comportamentos que criem, efetivamente, perigos ou ofensas *mais graves* a estes valores, em termos que permitam afirmar a existência de danosidade social merecedora de tutela penal”<sup>391</sup>, de “indiscutível dignidade penal”<sup>392</sup> e “em relação às quais a proteção penal se mostrasse *necessária*”<sup>393</sup>. A possibilidade de admitir uma imposição constitucional de incriminação apenas se afirmaria “em casos muito limitados, (...) em que a dignidade e a necessidade de tutela *fossem tais* que exigissem, de uma forma evidente, ou quase evidente, a intervenção penal”<sup>394</sup>.

Conceição Cunha sintetiza o discorrer argumentativo relativo à sua posição quanto à possível admissão das imposições constitucionais de incriminação de uma forma que se nos oferece de particular pertinência. A autora<sup>395</sup> salienta que apesar de as imposições de criminalização decorrerem da “necessidade do Estado proteger os valores mais fundamentais, face à agressão por parte de «terceiros».”, tal *não significa* que “a *Constituição*, ao impor deveres de proteção, (...) determina, necessariamente, a forma de proteção”. Afirma por último que, tal proteção “só deverá ser prosseguida pelo Direito

---

<sup>387</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*op. cit* 358, p.272.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p.273.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p.274

<sup>390</sup> *Ibidem*, p.289

<sup>391</sup> *Ibidem*, p.290

<sup>392</sup> *Ibidem*, p.299

<sup>393</sup> *Ibidem*, p.299.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p.294

<sup>395</sup> *Ibidem*, p.294

Penal caso este se apresente, de facto, como *imprescindível*”, pelo que “sempre que seja possível obter proteção suficiente através de outros meios, (...) o Direito Penal, como «última ratio» da política social deve abster-se de intervir”.

Em nossas palavras, Conceição Cunha postula desta forma clara e inequívoca o entendimento de que, *não é pelo facto da Constituição impor um dever de proteção de determinado bem jurídico que, reflexamente, impõe uma obrigação de criminalização*.

Parece-nos pois que, quer o posição de Nuno Brandão, quer de Conceição Cunha, ao admitirem a possibilidade de imposições constitucionais de incriminação por via do dever estadual de proteção de direitos fundamentais imposto ao legislador pela dimensão objetiva que se reconhece aos mesmos, se aproximam num último ponto da posição de Figueiredo Dias ao sujeitarem o cumprimento desse dever ao crivo último do critério da necessidade e do cumprimento dos princípios fundamentais em Estado de Direito, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal.

Estas posições, apesar de se pretenderem adentrar como forma de “superação” da necessidade da intervenção penal enquanto padrão crítica das incriminações, acabam por cair na redundância de necessitar de alguma forma socorrer-se do mesmo para legitimar, num último momento, o dever de proteção estadual que entendem ser o critério incriminador a seguir.

Tal como afirmaram anteriormente Jorge Medeiros Mesmo nos casos em que a Constituição impõe ao Estado uma atuação tendente à proteção de determinado direito fundamental, este não está obrigado a efetivar tal proteção por recurso à via penal. Apenas o será quando, dentro da margem de conformação que é reconhecida ao legislador, operacionalizando os critérios que lhe são exigidos observar, concluir que aquela é a única, a mais adequada e a menos lesiva forma de atuação protetiva, cumprindo-se o carácter subsidiário e de ultima ratio caracterizador do Direito Penal.

Ao nível jurisprudencial, esta posição tem sido partilhada pelo TC português. Reconhecendo por diversas vezes a imposição de um dever estadual de proteção de direitos fundamentais que cabe ao Estado cumprir o TC reitera que tal cumprimento por via da incriminação de condutas está sujeito aos parâmetros do princípio da proporcionalidade, nomeadamente, ao critério da necessidade, não determinando

qualquer imposição constitucional de criminalização<sup>396</sup>. Neste sentido e de forma claramente expressa, posicionou-se recentemente o TC<sup>397</sup> no Acórdão nº75/2010.

No Acórdão do TC nº75/2010 reconhecendo a dignidade de tutela penal do bem jurídico em questão (neste caso, a vida intrauterina) e o dever de atuação do estado “a prestações satisfatórias de “garantia de efetivação” (...) designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante (...)”<sup>398</sup>, posiciona-se o TC manifestamente pela necessidade da intervenção penal ao referir que “a dignidade jurídico-penal de um bem, (...) é critério *necessário*, não é critério *suficiente* para a outorga da tutela correspondente”.

Maria João Antunes<sup>399</sup>, refere que neste Acórdão o TC português assumiu a posição clara de que não é pelo facto de existir um dever de proteção constitucional de um bem jurídico que resulta uma imposição de criminalização implícita para o legislador. A opção de criminalização de determinada conduta estará sempre sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18º, nº2 da CRP, nomeadamente ao critério da necessidade.

Face ao exposto, é do nosso entender que do dever de proteção da saúde pública postulado pelo artigo 64º da CRP, em conjugação com o artigos 9º, al. e) e 2º da CRP que impõem ao Estado a adoção de medidas atinentes à sua prossecução efetiva, *não decorre uma imposição constitucional de incriminação*.

Antes, o que se pode concluir destes preceitos é *meramente a imposição ao Estado de um dever de atuar* no sentido da proteção da saúde pública enquanto bem jurídico com reconhecida dignidade penal, adotando as medidas que, dentro do âmbito da discricionariedade que lhe é reconhecida para cumprimento dessa função, entenda dever prosseguir para a proteção desse mesmo bem jurídico em cumprimento do pressuposto

---

<sup>396</sup> Maria João Antunes ressalva o Ac. do TC nº 55/95 que entende apontar para a existência de uma imposição implícita de incriminação, quando o TC refere que a não incriminação com gravidade da conduta de homicídio violaria o direito à vida protegido pelo art.24º da CRP e que “vincula o legislador a sancionar penalmente as formas incompatíveis da sua ofensa (art.18º.1), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950055.html>

<sup>397</sup> Uma análise jurisprudencial mais detalhada é realizada por Joana Amaral Rodrigues, afirmando *a final* que o TC tem aceitado e reconhecido o princípio jurídico-constitucional do bem jurídico enquanto critério legitimador das incriminações (e descriminalizações) e de controlo constitucional das normas incriminatórias. Cf. RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, Nº2, abril-junho, pp.199-211.

<sup>398</sup> *Ibidem*, ponto 11.4.3

<sup>399</sup> ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2020, p.68

da necessidade da intervenção penal enquanto critério legitimador da incriminação de condutas perigosas para a saúde pública.

Defender uma ideia oposta, entendemos pois, seria admitir uma tendencial negação do princípio da subsidiariedade do direito penal dado que, já não seria o legislador a averiguar que bens jurídicos careciam de tutela penal ao abrigo do princípio da proporcionalidade (art.18º, nº2 da CRP), sendo antes a Constituição a impor-lhe o recurso à via penal, mesmo nos casos em que o legislador, depois de efetuar um juízo de ponderação imposto pelo cumprimento do princípio da proporcionalidade, pudesse concluir pela desnecessidade da intervenção penal ou por uma medida penal menos gravosa.

Apenas desta forma, acolhendo a posição de Figueiredo Dias, podemos defender um princípio jurídico-constitucional do bem jurídico-penal cuja função do Direito Penal de *ultima ratio* é a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Creemos, pois, que apenas desta forma poderá ver-se justificada a intervenção penal no âmbito da saúde pública pela imposição da vacinação obrigatória, isto é, tendo como reduto, não o cumprimento de um dever estadual de proteção (que não impõe diretamente ao legislador ordinário, como vimos, uma atuação penal), mas sim um bem jurídico coletivo a que se reconhece dignidade penal e passível de carência de intervenção penal para sua proteção.

#### **4. Da imposição da vacinação à criminalização das condutas atentatórias à saúde pública**

Atendendo ao afirmado e defendido critério da necessidade (carência) da intervenção penal enquanto parâmetro incriminatório, reconhecida que foi a dignidade do bem jurídico saúde pública e o dever estadual de proteção constitucionalmente imposto ao estado, suscitar a hipótese da criminalização no âmbito do ordenamento jurídico-penal da recusa da vacinação obrigatória em prol da proteção do referido bem jurídico, impõem-nos a consideração inicial de que tal comportamento não encontra entre nós previsão legal que desencadeie um procedimento criminal contra quem adote tal conduta.

Não existe, pois, nenhuma norma penal que incrimine os casos de recusa vacinal, nem mesmo os crimes contra a saúde pública, questionando-se assim, de que forma este comportamento poderá ter espaço de tutela no direito penal português.

Recorrendo aos ensinamentos de Santo Justo<sup>400</sup>, apesar de a sanção não constituir elemento fulcral da construção teórica do direito, a coercibilidade é “uma importante condição de eficácia” para a efetivação das normas jurídicas, pelo que tendencialmente as normas ordenadoras (que preveem a adoção de determinado comportamento), são acompanhadas de normas sancionatórias (que preveem a sanção a aplicar pela não observância do comportamento imposto)

Tendo como objetivo o controlo da disseminação de doenças contagiosas ao nível global, por perigosas para a coletividade no seu todo, poderíamos, à primeira vista, equacionar o enquadramento do comportamento de recusa vacinal no âmbito do crime de propagação de doença contagiosa que se encontra previsto neste nós no art.283º do CP. O problema reside, contudo, na tutela dos bens jurídicos do tipo incriminador.

Como oportunamente analisamos, o crime de propagação de doença contagiosa tipifica a criminalização de comportamentos que se materializem em condutas aptas à proliferação de doenças infecciosas colocando em perigo a vida ou em perigo grave a integridade física do infetado. Como tal, esta norma acoberta a proteção de bens jurídicos individuais e não a saúde pública de forma direta e autónoma.

Criminalizar as condutas de recusa vacinal por recurso à aplicação do crime de propagação de doença contagiosa seria negar o carácter de bem jurídico-penal coletivo e

---

<sup>400</sup> JUSTO., A. Santos, Introdução ao Estudo do Direito, 12º Ed., Petrony Editora, 2021, pp.34-36.

autónomo da saúde pública e relegar a sua proteção para uma vida indireta. Esta não é a posição por nós defendida: a saúde pública constitui um bem jurídico autónomo com dignidade penal, por referência à Constituição, e carente de tutela penal quando, estejam em causa condutas que pelo perigo que levantam para a saúde pública, adquirem um carácter eticamente censurável.

Da mesma forma, verificamos que, no que à tutela penal da saúde pública diz respeito, a mesma se resume à incriminação do abate clandestino de animais, em legislação extravagante, designadamente no art.22º do DL nº28/84, de 20 de janeiro, que protege a saúde pública na sua dimensão sanitária e de higiene. Nitidamente, não é possível a reconduzir a proteção da saúde pública na sua dimensão coletiva a este tipo incriminador que não alcance a totalidade do conceito.

Idealizar a criminalização da recusa vacinal quando obrigatória como forma de tutela direta da saúde pública contra o perigo resultante de tal comportamento não impõe grande complexidade, pelo menos para aqueles que, como nós, se posicionam no sentido da autonomia da saúde pública enquanto bem jurídico-penal. Apesar de a sua proteção colidir com o exercício pleno de outros direitos fundamentais, do mesmo modo que consagra a sua proteção, a Constituição CRP prevê paralelamente a possibilidade da sua restrição legítima para a salvaguarda de outros direitos fundamentais que, após um juízo de ponderação à luz do princípio da proporcionalidade (art.18º, nº2 e 3 CRP), se considere premente proteger.

A dificuldade residirá na articulação desta incriminação com o princípio orientador do exercício da tutela penal: o princípio da subsidiariedade ou da última *ratio* do direito penal, de acordo com o qual os bens jurídicos apenas serão tutelados pela via criminal e do recurso às penas criminais quando não possam ser protegidos de forma eficaz por meio de outras sanções jurídicas existentes em outros ordenamentos jurídicos que não o penal<sup>401</sup>, nomeadamente, no âmbito do ordenamento jurídico administrativo e dos ilícitos contraordenacionais. Por força do basilar princípio do Direito Penal de *ultima ratio*, refere o TC a este propósito que “dentro da panóplia de medidas legislativas para a proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão de constituir *sempre* o último recurso”<sup>402</sup>, pelo que a criminalização de determinada conduta apenas será legítima

---

<sup>401</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. op. cit.*, p.128

<sup>402</sup> Ac. TC. nº 108/99, ponto 4.4.4.1, *op. cit.*

quando o bem jurídico que se pretende tutelar com a nova incriminação se revele carente de tutela penal<sup>403</sup>.

A resposta a esta dificuldade, apesar de não consensual, mas que sufragamos, é-nos oferecida por Figueiredo Dias<sup>404</sup> ao celebrar a necessidade (carência) da intervenção penal enquanto critério legitimador (adicional) da intervenção penal. Como salienta, “à noção de dignidade penal deve acrescer, na concretização dos comportamentos proibidos, o critério adicional da *carência de tutela penal*”, no sentido em que, como explica<sup>405</sup>, “não pode haver criminalização onde não se divise o propósito de tutela de um bem jurídico-penal”, sendo que a asserção inversa já não será de afirmar, isto é, “sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal aí deve ter lugar a intervenção correspondente”. O critério da necessidade é, pois, derivação do princípio da proporcionalidade postulado pelo art.18º, nº2 da CRP, nomeadamente, quando o mesmo refere que a intervenção penal se deva limitar ao “necessário”.

A limitação da intervenção penal, já derivaria, defende Figueiredo Dias<sup>406</sup>, do princípio da proporcionalidade em sentido amplo enquanto princípio inerente ao Estado de Direito, pelo que, sempre que se revele suficiente outro meio menos lesivo suficiente e adequado à proteção do bem jurídico pretendida, deve ser esse o meio escolhido pelo legislador, configurando-se desta forma o carácter subsidiário do Direito Penal.

Figueiredo Dias<sup>407</sup> concretiza a noção de bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal como sendo aqueles em que se corporalizam as condutas eticamente censuráveis, isto é, condutas com um valor um amplo desvalor moral, cultural e social, sendo estas tutelas por via dos ilícitos criminais. Quando assim não for, e a conduta em si não releve este desvalor, sendo como refere o autor, axiológico-socialmente neutra, a sua tutela será reconduzida aos ilícitos de mera ordenação social.

Podemos assim entender que a carência da tutela penal advém da perda do carácter axiológicamente neutro das condutas que caracteriza o ilícito de mera ordenação social

Desta forma, quando á violação das normas que tutelam a saúde pública, dado o seu carácter eminente de ordenação e regulação social, por respeito ao princípio da

---

<sup>403</sup> *Ibidem*.

<sup>404</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit nota 353, p.266.

<sup>405</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. op. cit nota 1.*, p.146, §37.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p.147, §38.

<sup>407</sup> *Ibidem*. p.187, §11

subsidiariedade do direito penal, Susana Aires de Sousa<sup>408</sup>, refere que as mesmas, num primeiro momento, assumirão a natureza de *ilícito de mera ordenação social*. A sua infração apenas consubstanciará um *ilícito criminal* (como o será a crime de recusa vacinal) justificando-se nessa medida a intervenção do direito penal, quando a violação da norma for de tal forma grave que o comportamento em causa se torne *eticamente censurável*. No caso concreto da saúde pública, a intervenção penal encontrar-se-á justificada pela perda do carácter axiologicamente neutro perante “condutas *potencialmente perigosas* para a saúde e segurança da coletividade, enquanto comunidade, pondo em causa as condições essenciais de convivência ou de preservação comunitárias justificando-se, desde modo, e de forma subsidiária, a intervenção do direito penal”.

Na sua essência, o Direito Administrativo é um direito menos “agressivo” para os bens jurídicos podendo alcançar também ele, por recurso à aplicação de contraordenações aos comportamentos lesivos ou que coloquem em perigo bens jurídicos, uma proteção eficaz e, mais do que tudo, suficiente do bem jurídico que se visa tutelar. Desta forma, a aplicação dos ilícitos contraordenacionais deverá ser o caminho escolhido pelo legislador quando não se configure necessária a atuação penal, por forma a evitar situações de excesso punitivo.

No âmbito Direito à Saúde, esta questão ecoa de forma particular dada a bipartição da tarefa de promoção e proteção da saúde pública entre o Estado e a Administração, numa dinâmica de “*good cop, bad cop*”. Como refere Carla Gomes<sup>409</sup>, ao Estado incumbe a criação de uma estrutura de prestação de cuidados de saúde, tendencialmente gratuita, que permita que aos cidadãos usufruam e desenvolverem as melhores condições de saúde (física, mental e social)<sup>410</sup>; à Administração cabe a tarefa de “prevenir e debelar situações de risco sanitário, se necessário com o sacrifício de direitos dos cidadãos” mediante a atuação das Autoridades de Saúde<sup>411</sup> a quem “compete a decisão de intervenção do Estado na defesa da saúde pública, nas situações suscetíveis

---

<sup>408</sup> SOUSA, Susana Maria Aires de, *op. cit nota 98.*, p.149.

<sup>409</sup> GOMES, Carla A., Defesa da saúde pública vs. liberdade individual, *op. cit.*, p.6

<sup>410</sup> Base 1 da LBS, *op. cit.*

<sup>411</sup> DL n° 82/2009, de 2 de abril (alterado pelo DL n° 135/2013, de 4 de outubro) que estabelece o *Regime Jurídico da designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridades de saúde*. disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/82/2009/p/cons/20131004/pt/html> (versão consolidada).

de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde dos cidadãos ou das comunidades (...)”<sup>412</sup>.

Dada a proximidade face à atualidade do tema, analisando as medidas adotadas pelo Estado durante a vigência da pandemia COVID-19, verificamos que a atuação preferencialmente prosseguida foi a administrativa, ao encargo das Autoridades de Saúde, em particular do Ministério da Saúde. De facto, a decisão do Estado passou por não tornar obrigatória a vacinação contra a COVID-19, tendo antes privilegiado a aplicação de medidas de carácter administrativo tais como a obrigatoriedade de apresentação de certificado digital de vacinação para a entrada em espaços públicos ou quando não seja possível, a obrigatoriedade de realização de teste antigénico ou apresentação de certificado de teste negativo para a entrada em tais espaços<sup>413</sup>.

Portugal optou por avançar com uma solução de “obrigação indireta da vacinação”, tornando-a numa “condição de acesso a algo”, privilegiando a liberdade individual de cada indivíduo. A imposição destas medidas administrativas em alternativa à vacinação obrigatória denota incerteza por parte do Estado, pois inegavelmente elas carregam em si um efeito manifestamente persuasivo no sentido em que indiretamente visam instar à adesão dos indivíduos à vacinação.

Em sentido contrário, vários países implementaram a vacinação obrigatória contra a COVID-19, tanto para casos específicos, como para a generalidade dos cidadãos<sup>414</sup>. A Áustria foi o primeiro país europeu a impor a vacinação obrigatória para a

---

<sup>412</sup> Base 34 da LBS, *op. cit*

<sup>413</sup> DL n.º 28-B/2020, de 26 de junho, relativo ao “Regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta” foi alterado por sucessivos diplomas por força da evolução da situação epidemiológica do país, passando a prever no seu art. 2.º enquanto “deveres das pessoas singulares e coletivas”, nomeadamente nas alíneas b) e d) os deveres de “observância das limitações à circulação”, de “apresentação e detenção de Certificado Digital COVID da EU (...) quando exigível, designadamente nos casos em que tal seja determinado para acesso a locais ou estabelecimentos (...) de restauração, turísticos ou de alojamento local, (...) eventos de natureza cultural, desportiva, corporativa ou familiar, designadamente casamentos e batizados”, de “realização de testes de diagnóstico de SARS -CoV -2 com resultado negativo, bem como, consoante o caso, da detenção do teste ou do comprovativo da sua realização”, e correspondentemente o “dever de solicitação e verificação, por parte dos responsáveis pelos locais e estabelecimentos ou dos organizadores dos eventos” da apresentação de certificado digital, teste negativo ou comprovativo da sua realização. Neste sentido, o art. 3.º do mesmo diploma, que estabelece a matérias das “contraordenações” prevê agora no seu n.º 1 que o incumprimento destes deveres “(...) constitui contraordenação, sancionada com coima de (euro) 100 a (euro) 500, no caso de pessoas singulares, e de (euro) 1000 a (euro) 10 000, no caso de pessoas coletivas”

Disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/28-b/2020/p/cons/20211127/pt/html>

<sup>414</sup> Países como a França e a Itália, impuseram tal obrigação a profissionais ou prestadores de cuidados de saúde. A Hungria, permite desde finais de outubro de 2021, que qualquer empregador exija a vacinação aos funcionários das suas empresas. Vide Saúde Mais, “Covid-19: Visão Geral da vacinação obrigatória em

COVID-19 a toda a população adulta a partir de fevereiro de 2022, como forma de combater a baixa cobertura vacinal e controlar a propagação do vírus, prevendo a aplicação de coimas a quem recusar a vacinação que podem atingir o valor avultado de 3.600 euros<sup>415</sup>. A lei austríaca da vacinação obrigatória COVID-19 acabou por ser suspensa no início de março, apenas um mês depois da sua entrada em vigor. Esta reavaliação foi fruto do intenso debate social gerada no país pela obrigatoriedade da vacina e pela constatação de que, apesar de o comportamento de recusa da vacina consubstanciar a aplicação de pesadas multas, o efeito produzido pela imposição da vacinação e o sancionamento da sua recusa por intermédio da aplicação de coima (aumentar a cobertura vacinal), foi totalmente contrário ao pretendido, tendo os índices de vacinação baixado consideravelmente desde a imposição da vacinação e o seu sancionamento<sup>416</sup>.

Entendo que tais dados são reveladores de duas diferentes tendências que, apesar de resultantes do mesmo fenómeno, importam análise autónoma. A primeira, evidenciada pelo aumento dos movimentos “antivacinação”, é indicadora de que a ingerência do Estado na liberdade de escolha dos cidadãos quanto à opção de se vacinarem ou não, é uma questão problemática não sendo a sua imposição tranquilamente aceite por estes. Para muitos, apesar de legitimamente consubstanciável pela ponderação dos interesses em causa, é impraticável e impensável a restrição dos seus direitos individuais para colocar as necessidades coletivas acima das suas necessidades pessoais, sendo excessivo o sacrifício que o Estado lhes impõe para a da prossecução da segurança e bem-estar coletivos em prol da proteção da saúde pública, sendo que tal imposição traduzir-se-ia no regresso aos recônditos de um estado autoritário e paternalista que decide pelo cidadão o que é melhor para ele e para todos.

---

*todo o mundo*”, Agência Lusa, 07-12-2021, disponível em <https://www.saudemais.tv/noticia/36275-covid-19-visao-geral-da-vacinacao-obrigatoria-em-todo-o-mundo>

<sup>415</sup> EXPRESSO, “Áustria torna a vacinação obrigatória a partir de fevereiro. Multas para não vacinados podem chegar aos 3.600 euros”, 16-01-2022, disponível em <https://expresso.pt/coronavirus/2022-01-16-austria-torna-vacinacao-obrigatoria-a-partir-de-fevereiro.-multas-para-nao-vacinados-podem-chegar-aos-3.600-euros>

<sup>416</sup> O jornal austríaco *Kronen Zeitung*”, analisando comparativamente o número de inoculações administradas no dia anterior ao primeiro dia de obrigação vacinal (8.048 vacinas administradas), no dia em que a vacinação se tornou obrigatória (5.516 vacinas administradas) e no dia seguinte a essa imposição (143 vacinas administradas), constatou que ocorreu uma quebra significativa do número de pessoas vacinadas. Vide KRONEN ZEITUNG, “Keine Steigerung. Zahlen als Beweis: Impfflicht hat keien Effekt”, 14-02-2022, Viena, disponível em <https://www.krone.at/2627321>

Em segundo lugar, é de constatar que a eleição do ilícito contraordenacional para sancionar as condutas de recusa vacinal obrigatória não aparenta afigurar-se em todos os momentos como uma medida eficaz para dissuadir os comportamentos de recusa vacinal. Haverá casos pois em que se justificará a intervenção penal por recurso a pena privativa da liberdade por se traduzir num sacrifício maior para o autor, incrementando-se o efeito preventivo da medida.

Na defesa da autonomia jurídico-penal da saúde pública, tivemos oportunidade de destacar que a sua tutela ao nível do CP é premente e deverá ser feita por via de recuso aos crimes de perigo abstrato. A incriminação da recusa vacinal, quando o for, deverá ser tipificada por meio de um crime de perigo abstrato, protegendo a saúde pública da lesão que se poderá materializar pelo perigo ou ameaça resultante para este bem jurídico da prática de tal comportamento. Não basta, porém, a *potencialidade* de um perigo ou ameaça criado pelo comportamento da recusa vacinal para a saúde pública; esta está cientificamente comprovado que a recusa vacinal é suscetível de criar um perigo para a saúde pública pela diminuição que provoca na imunidade coletiva impulsionando a propagação de doenças infecciosas pelo seio da comunidade. Exige-se ainda que seja um perigo *provável* de se materializar num dano para a saúde pública; este perigo para a saúde pública seria materializado pela rápida e facilitada propagação da doença contagiosa dada a baixa imunidade coletiva. Contudo, este pode não ser um perigo provável de se materializar designadamente quando a taxa de imunização seja elevada, beneficiando os indivíduos que recusem a vacinação desta imunidade coletiva<sup>417</sup>.

Os crimes de perigo abstrato não são, contudo, uma construção típica frequentemente utilizada pelo legislador penal<sup>418</sup> nem concordantemente aceite pela doutrina portuguesa, tendo-se já o TC pronunciado pela sua não inconstitucionalidade quando a sua construção típica visar a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, seja perceptível o bem jurídico tutelado e a conduta típica seja descrita de forma clara e o

---

<sup>417</sup> CUNHA, Mariana Silva, “*Criminalização da recusa de vacinação em Portugal*”, in *Observatório Almedina*, 22 de abril de 2022, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/04/22/criminalizacao-da-recusa-de-vacinacao-em-portugal-sera-possivel/>

<sup>418</sup> Como exemplo típico de um crime de perigo abstrato previsto no nosso ordenamento jurídico refira-se o crime de condução de veículo em estado de embriaguez (art.292º do CP), em que o ilícito típico se materializa quando a “mera conduta ou atividade desenvolvida pelo agente colocar abstratamente em perigo o bem jurídico ou bens jurídicos, que neste caso são a vida, a integridade física e o património de terceiros”, vide Ac. TR Porto, Proc. nº 102/17.4PTPRT.P1, de 26-10-2017

mais pormenorizadamente possível, de forma a não levantar margem para dúvidas dos comportamentos incriminados<sup>419</sup>.

Quanto aos primeiros dois requisitos, não haverá grandes incertezas a ser colocadas: o bem jurídico tutelado é a saúde pública enquanto bem jurídico-penal coletivo e autónomo, com marcada importância no contexto social, nomeadamente no âmbito da matéria de prevenção e controlo da propagação de doenças contagiosas. O terceiro requisito, relativo à descrição da conduta típica será o que objetará mais questões, equacionando-se que tipo de comportamentos consubstanciarão o ato de recusa vacinal.

Entendemos que poderão aqui ser reconduzidos os comportamentos típicos de recusa vacinal fundados em motivos ideológicos, filosóficos, científicos ou religiosos, mas já não a recusa vacinal por questões médicas, uma vez não seria legítimo impor a vacinação a um cidadão que por razões biológicas, transcendentais à sua vontade, não pode ser inoculado. Estes casos são demonstrativos da importância da vacinação ao nível coletivo, sendo premente a sua estimulação e nos casos mais graves, a sua imposição de forma a que, pelo incremento da imunidade de grupo a restante população possa dela também beneficiar.

---

<sup>419</sup> Neste sentido, o Ac. TC nº426/91, proc. nº183/90, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html> e Ac. TC nº95/2011, de 12-03-2013, disponível em <https://files.dre.pt/2s/2013/03/050000000/0908909093.pdf>

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSÕES

A proteção do Direito à Saúde, enquanto autónomo e verdadeiro direito fundamental, assume-se premente dado o atual contexto epidemiológico.

Enquanto direito social, a saúde pública carrega em si um inegável caráter e incumbências públicas no que sua execução diz respeito, constituindo tarefa essencial do Estado a sua promoção e proteção.

A saúde pública deve assumir um papel de relevância primordial no desenvolvimento de qualquer atuação pública. O seu fomento traduzir-se-á numa sociedade mais saudável e habilitada, sendo responsabilidade do Estado e de todos a sua ideal prossecução.

O dever de proteção da saúde pública é imposto constitucionalmente ao legislador por força do reconhecimento de um *vertente positivo*, prestativa, enquanto direito dos cidadãos a exigir determinadas prestações ao Estado tendentes à proteção da saúde pública; e da sua dimensão objetiva enquanto direito fundamental, traduzindo-se numa imposição de proteção do valor comunitário em causa.

A jurisprudência alemã mais uma vez se mostrou premente na análise das questões em conflito. Foi seu contributo essencial o reconhecimento de um dever geral de proteção de direitos fundamentais imposto ao Estado em cumprimento da dimensão objetiva que aos direitos fundamentais é reconhecida. Entendimento que o TC português tem sufragado reiteradamente como podemos analisar no Capítulo I.

Ao nível da saúde pública este dever é imposto ao legislador ao abrigo do art.64º CP dada a sua dimensão negativa, e é imposta ao legislador pelo art.9º da CRP que consagrada a tarefa fundamental do Estado na efetivação dos direitos sociais. Assim, mais do que um direito de todos à proteção da saúde, o artigo 64º da CRP consagra um *dever de defender e promover a saúde*, traduzindo-se isto na dimensão objetiva do direito à saúde

Este dever é desde logo efetivado pelo cumprimento das prestações públicas que são impostas ao estado ao abrigo do art.64º, nº2 e 3 da CRP. Contudo, pretendemos ir mais longe. Todas as fases do presente estudo tiveram como objetivo reconhecer a imposição da vacinação obrigatória como legítima.

A função de proteção subsidiária de bens jurídicos que é conferida ao direito penal está mormente em crise. Uma crise que, refira-se de acentuada atualidade face ao advento de novas problemáticas que se localizam no horizonte da prática jurídico-penal. O Homem, enquanto sujeito inserido em determinada comunidade e momento histórico, é inegavelmente influenciado na sua forma de pensar e interpretar o mundo pelas opiniões e correntes que àquela data se afirmam de forma mais proeminente. Dessa influência não foge, claramente, o conceito de bem jurídico-penal e a função que é atribuída ao direito penal.

Nesta senda, o paradigma do direito penal clássico, que reconduz a tutela do direito penal à proteção (subsidiária) de bens jurídicos, tradicionalmente identificáveis enquanto bem jurídico-penais individuais, acaba por se mostrar insuficiente perante a evolução da sociedade. A afirmação dos direitos sociais e económicos levou ao aparecimento de novos interesses e bens coletivos com elevado reflexo comunitário, cuja dignidade e carência penal começou a ser discutida face à sua importância, nomeadamente ao nível da questão da legitimidade da tutela penal de bens jurídico-penais coletivos (supraindividuais ou difusos), que como concluímos, consubstanciam, *ao lado e ao mesmo nível de exigência tutelar* que os bens jurídicos individuais, *verdadeiros bens jurídico* coletivos autonomizados pela capacidade de serem gozados por uma generalidade das pessoas, sem que desse gozo possa resultar a exclusão do gozo por qualquer outra pessoas, o que Susana Aires de Sousa remeteu para uma ideia de “inexcluíbilidade” que em conjugação com o reconhecimento do bem como valioso para a comunidade e para a ordem axiológica constitucional

Os direitos sociais, económicos e culturais encontrando previsão constitucional, traduzem, pois, um interesse da comunidade na sua proteção, sendo ao nível destes que os bens jurídicos coletivos encontrarão correspondência na ordem jurídico-constitucional, adquirindo autonomia e a natureza de autênticos bens jurídico-penais.

Autonomia essa que vimos não ser livre de objeções, mas que foram ultrapassadas: o apontado problema da determinabilidade dos bens jurídicos coletivos dada a multiplicidade de condutas a que podiam ser reconduzidos e que se afigurava violador do princípio da legalidade criminal, encontrou solução na sua submissão a uma “cláusula de acessoriedade administrativa”, no sentido em que, num primeiro momento, a proteção dos bens jurídicos coletivos deverá ocorrer ao nível dos ilícitos de mera ordenação social visando o objetivo evitar que a proteção penal assente em

comportamentos irrelevantes e sem o caráter eticamente censurável que caracteriza os ilícitos criminais.

Quanto ao reconhecimento da saúde pública enquanto bem jurídico penal, concluímos que em concretização da relação de referência mútua estabelecida entre as ordens jurídico-constitucional e jurídico penal, face à sua proteção constitucional e o seu reconhecimento enquanto bem jusfundamental, admitimos a dignidade da saúde pública enquanto bem jurídico-penal. A sua concretização deparou-se, contudo, com o problema da pluralidade conceptual que lhe é tendencialmente atribuída e que poderia imbicar na atribuição de um caráter demasiado vago e lato do bem jurídico saúde pública, incapacitando-a de conferir padrão de incriminação.

Sendo a saúde pública definida por referência à comunidade em que se insere é compreensível que a sua definição conceptual não seja estanque. A sua definição terá sempre de ter em vista a preocupação com “as contingências do futuro”, afirmando-se desta forma um caráter prospetivo da saúde pública. A crítica avançada à natureza vaga da saga pública será ultrapassada pelo entendimento da mesma enquanto bem jurídico, no sentido em que a sua proteção é a via para garantir e preservar as condições de saúde, segurança e bem-estar da comunidade, permitindo deste modo afirmar-se a sua qualidade de bem jurídico-penal coletivo autónomo, sendo mais do que a mera soma das saúdes individuais, distinguindo-se da saúde individual.

A tomada de consciência da existência de novos riscos capazes de por em causa o bem-estar e a segurança da comunidade, inseriu na discussão doutrinal quanto à admissão da tutela de bens jurídicos coletivos autónomos o princípio da precaução enquanto possível recurso de legitimação da proteção ao nível penal. Contudo, como constatamos este não será mais do que um indicador da relevância jurídica da proteção da saúde pública, não podendo fundamentar a mesma.

Na linha da teoria do bem jurídico-penal, este mais do que fundamentar a intervenção penal reconduzida à proteção de bens jurídicos com dignidade penal por referência constitucional analógico-material, pretende legitimá-la e limitá-la às situações de carência penal.

Reconhecendo-se uma ampla margem de discricionariedade ao legislador penal relativamente à definição da política criminal as opções legislativas tomadas pelo legislador penal aquando da criação das normas incriminadoras devem respeito aos

princípios fundamentais do direito penal, designadamente, o princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal e o princípio da proporcionalidade. É por esta via que se determinará se a proteção da saúde pública se mostrará suficiente por recurso ao ilícito de mera ordenação social ou, se contrariamente e de forma subsidiária, essa proteção só poderá ser efetivada por recurso ao ilícito penal.

No que a estas condutas diz respeito, será a perigosidade das condutas adotadas pelo agente que poderá fundamentar, como vimos, a recondução dos crimes contra a saúde pública ao âmbito dos crimes de perigo, nomeadamente, crimes de perigo abstrato, marcada por uma ideia de antecipação da proteção da mesma para um momento anterior, no sentido de evitar a produção de uma lesão para a saúde pública.

Concluimos, contudo, da análise do ordenamento jurídico português, que não há previsão de tipos criminais que tutelem a saúde pública de forma imediata e direta, traduzindo-se num vazio de proteção. O mesmo ficou ainda evidenciado em contexto de estado emergência pela via de recuso ao crime de desobediência para incriminar condutas que o estado impôs em prol da proteção da saúde pública. A mesma tendência é verificada ao nível dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

O crime de propagação de doença contagiosa, nos moldes em que é previsto ao nível do ordenamento jurídico-penal português e dos vários ordenamentos jurídico-penais europeus é um ilícito de difícil aproximação, tanto no que diz respeito à legitimação material da incriminação, como à verificação dos seus elementos típicos e subsequente aplicação, sendo por isso um crime de reduzida aplicabilidade.

Objetivo desta dissertação foi sustentar a vacinação como meio adequado a proteger a saúde pública, logrando a possibilidade da sua legítima imposição estadual. Dado ser o objetivo da vacinação (e de uma possível imposição) mitigar a disseminação das mesmas em prol de uma proteção efetiva da saúde pública poderíamos reconduzir tais incriminações à aplicação do deste tipo incriminador. Contudo, tal não é possível, visto que o mesmo não abrange a tutela da saúde pública na sua dimensão coletiva, apenas numa dimensão indivisível, que não é suficiente para os casos que se pretende fazer frente.

Tendo já oportunidade de referir, o Estado assume um papel fulcral na proteção da saúde pública e na promoção da vacinação, mormente através da criação de um programa de vacinação eficaz e que permita a todos o seu acesso como forma de atingir a almejada imunidade coletiva quanto às doenças infecciosas que colocam em causa o

bem-estar e a saúde da comunidade. É neste contexto que surge a discussão quanto à legitimidade da imposição da vacinação obrigatória como forma de efetivação do dever estadual de proteção da saúde, questionando-se se pode o Estado impor ao cidadão a vacinação obrigatória com forma de proteção da saúde pública.

Em cumprimento deste dever de proteção, o legislador ao pretender atuar irá defrontar-se perante claras situações de conflito. A Constituição não proíbe em absoluto a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos quando tal se mostre necessário para a proteção de outros direitos fundamentais tutelados com a mesma intensidade, ao abrigo do artigo 18º, nº2 e 3 da CRP

A imposição da vacinação obrigatória consubstanciará uma medida restritiva adotada pelo legislador em cumprimento do dever de proteção da saúde pública.

Reconhecida e defendida a necessidade (ou carência) da tutela penal enquanto critério legitimador último da intervenção penal, facto é que da conjugação do artigo 64º com os artigos 2º e 9º, al d) da CRP resulta uma imposição constitucional de proteção da saúde pública atinente à sua efetivação no ordenamento jurídico enquanto tarefa fundamental do Estado.

Para Figueiredo Dias, o critério legitimador da intervenção penal é reconduzido ao princípio jurídico-constitucional do bem jurídico penal, concretamente ao critério da necessidade da intervenção penal. Diferentemente, Nuno Brandão, defende o dever estadual objetivo de proteção de bens jusfundamentais como critério legitimador da incriminação.

Face ao exposto, é do nosso entender que do dever de proteção da saúde pública postulado pelo artigo 64º da CRP, em conjugação com os artigos 9º, al. e) e 2º da CRP que impõem ao Estado a adoção de medidas atinentes à sua prossecução efetiva, *não decorre uma imposição constitucional de incriminação*. Antes, o que se pode concluir destes preceitos é *meramente a imposição ao Estado de um dever de atuar* no sentido da proteção da saúde pública enquanto bem jurídico com reconhecida dignidade penal, adotando as medidas que, dentro do âmbito da discricionariedade que lhe é reconhecida para cumprimento dessa função, entenda dever prosseguir para a proteção desse mesmo bem jurídico em cumprimento do pressuposto da necessidade da intervenção penal enquanto critério legitimador da incriminação de condutas perigosas para a saúde pública.

Defender uma ideia oposta, seria, como dissemos, negar do princípio da subsidiariedade do direito penal dado que, já não seria o legislador a averiguar que bens jurídicos careciam de tutela penal ao abrigo do princípio da proporcionalidade (artigo 8º, nº2 da CRP). Seria antes a Constituição a impor-lhe o recurso à via penal, mesmo nos casos em que o legislador, depois de efetuar um juízo de ponderação imposto pelo cumprimento do princípio da proporcionalidade, pudesse concluir pela desnecessidade da intervenção penal ou por uma medida penal menos gravosa.

Apenas desta forma, acolhendo a posição de Figueiredo Dias, podemos defender um princípio jurídico-constitucional do bem jurídico-penal cuja função do Direito Penal de *ultima ratio* é a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Creemos, pois, que apenas desta forma poderá ver-se justificada a intervenção penal no âmbito da saúde pública pela imposição da vacinação obrigatória, isto é, tendo como reduto, não o cumprimento de um dever estadual de proteção (que não impõe diretamente ao legislador ordinário, como vimos, uma atuação penal), mas sim um bem jurídico coletivo a que se reconhece dignidade penal e passível de carência de intervenção penal para sua proteção

## BIBLIOGRAFIA

Agência Lusa, 07-12-2021, disponível em <https://www.saudemais.tv/noticia/36275-covid-19-visao-geral-da-vacinacao-obrigatoria-em-todo-o-mundo>

ALVES, Catarina Abegão, “Diferentes soluções legislativas entre países europeus na incriminação da propagação de doença contagiosa”, in *Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito* (em linha), 09/05/2010, disponível em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/05/09/diferentes-solucoes-legislativas-entre-paises-europeus-na-incriminacao-da-propagacao-de-doenca-contagiosa/>

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2019

ANDRADE, Manuel da Costa, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho, 1992,

ANDRADE, Manuel da Costa, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho, 1992

ANTUNES, Aquilino Paulo, “Vacinas para a Covid-19: aspetos de reflexão”, in *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa/Lisbon Law Review*, nº2, 2020

ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2020,

ARAGÃO, Alexandra, “Princípio da precaução: manual de instruções”, in *RevCedoua: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano 11, nº 22, vol.2, Coimbra, 2008

ARROYO ZAPATERO, L., “La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida”, in *Derecho y salud*, Vol. 4, N.º 1, 1996

BARATA, Lurdes, “A descoberta das vacinas e a vacinação”, in *Newsletter da Universidade de Medicina de Lisboa*, nº106, Novembro de 2020, disponível em <https://www.medicina.ulisboa.pt/newsfmul-artigo/106/descoberta-das-vacinas-e-vacinacao>

BRANDÃO, Nuno, “Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição do Excesso”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, V. I, 2007

BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contraordenações: da cisão à convergência material*, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p.587

*Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 1999

- ALMEIDA COSTA, “Artigo 217º”, p.750.

Comentário ao art.25º da CRP:

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp.453-457

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.402-439.

Comentário ao art.26º, nº1 da CRP:

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, pp.458-474;

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.440-461

Comentário ao art.41º da CRP:

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, pp.607-617;

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.645-667.

Comentário ao crime de propagação de doença contagiosa (art.283º do CP),:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Art.283º”, in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Ed., atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1010 a 1011;

- CUNHA, J. M. Damião da, “Art.283”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 1006 a 1016;

- PEREIRA, Vítor de Sá/LAFAYETE, Alexandre, “Art.283º”, in *Código Penal Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar*, 2ª Ed., Lisboa: Quid Juris?, 2014, pp. 793-796

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2014

CDC “*General Best Practice Guidelines for Immunization: Best Practices Guidance of the Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP)*”, Vaccine Recommendations and Guidelines of the ACIP: Contraindications and Precautions. atualizado a 14 de abril de 2022, (consultado em 10 de junho de 2022), disponível em <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/contraindications.html>

CHAVES, Eduardo Arala, “*Delitos Contra a Saúde Pública e Contra a Economia Nacional*”. *Legislação. Trabalhos Preparatórios. Anotações e Comentários*, Coimbra: Coimbra Editora,

COM (2000)1, de 2 de fevereiro de 2000 (Comunicação da Comissão Europeia relativa ao Princípio da Precaução), disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-pt> .

COSTA, José de Faria, “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3978, pp.158-173

COSTA, José de Faria, *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº139, 2009 ota 148

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*Constituição e Crime*” – *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*” (Estudos e Monografia), Porto: Universidade Católica Portuguesa - Editora, 1995, pp.232 e 233.

CUNHA, Mariana Silva, “*Criminalização da recusa de vacinação em Portugal*”, in *Observatório Almedina*, 22 de abril de 2022, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/04/22/criminalizacao-da-recusa-de-vacinacao-em-portugal-sera-possivel/>

DGS, *Boletim do Programa de Vacinação*, nº3, abril de 2020, disponível em <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/boletim-n-3-do-programa-nacional-de-vacinacao-abril-2020-pdf.aspx>

DGS, *Plano nacional de Vacinação*, disponível em <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-de-vacinacao/programa-nacional-de-vacinacao.aspx>

DGS, *Programa Nacional de vacinação*, disponível em <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-de-vacinacao/programa-nacional-de-vacinacao.aspx>

Diário de Notícias/Lusa, “*Sarampo dispara na Europa e deixa de estar erradicado em quatro países*”, 29/08/2019, disponível em <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/sarampo-reapareceu-em-quatro-paises-na-europa-11248448.html>

DIAS, Augusto Silva “*“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*. *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*”, Coimbra Editora, 2003

DIAS, Augusto Silva, “Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

DIAS, Augusto Silva, “Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009,

DIAS, Augusto Silva, *Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde*, in *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa: AAFDL, 2008,

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal e Estado-de-Direito-Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime”, in *Revista de Direito Penal*, nº31, Rio de Janeiro: Forense, 1982

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da Doutrina Penal, Da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e Das Suas Relações”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, 2009, pp.31-46

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito penal entre “a sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito penal entre “a sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito penal entre “a sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, 3ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2019 (NOTA 1)

DIAS, Jorge de Figueiredo, O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145º, nº3998, maio-junho de 2016, pp.250-266

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

DUBÉ, Ève, WARD, Jeremy K., VERGER, Pierre, MACDONALD, Noni E., “Vaccine Hesitancy, Acceptance, and Anti-Vaccination: Trends and Future Prospects for Public Health”. in *Annual Review of Public Health*, Vol.42, abril de 2021, p.177, disponível em <http://www.orspaca.org/sites/default/files/annurev-publhealth-vaccine-hesitancy.pdf> 271

EXPRESSO, “Áustria torna a vacinação obrigatória a partir de fevereiro. Multas para não vacinados podem chegar aos 3.600 euros”, 16-01-2022, disponível em <https://expresso.pt/coronavirus/2022-01-16-austria-torna-vacinacao-obrigatoria-a-partir-de-fevereiro.-multas-para-nao-vacinados-podem-chegar-aos-3.600-euros>

FARIA, António Lobato, “A saúde pública para lá da prevenção: o princípio da precaução”, in *Revista Portuguesa da Saúde Pública*, nº 19, 2001

FERREIRA, Paulo Marrecas, “TEDH, Grand Chambre, Vavricka e outros c. República Checa, Acórdão de 08 de abril de 2021”, *Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais do Ministério Público*, 20 de abril de 2021, disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/tedh-grande-chambre-vavricka-e-outros-c-republica-checa-acordao-de-08-de-abril-de-2021>

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado de exceção no Direito Constitucional: uma introdução*, in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/26/o-estado-de-excecao-no-direitoconstitucional-uma-introducao/>;

HVIID, Anders, HANSEN, DrMedSciJØrgen VinslØv, *et al*, “Measles, Mumps, Rubella Vaccination and Autism. A Nationwide Cohort Study”, in *Annals of Internal Medicine*, disponível em <https://doi.org/10.7326/M18-2101>

JUSTO., A. Santos, Introdução ao Estudo do Direito, 12º Ed., Petrony Editora, 2021

KRONEN ZEITUNG, “*Keine Steigerung. Zahlen als Beweis: Impfflicht hat keinen Effekt*”, 14-02-2022, Viena, disponível em <https://www.krone.at/2627321>

LAMAS LEITE, André, “*Desobediência em tempos de cólera: a configuração deste crime em Estado de Emergência e em situação de calamidade*”, in *Revista do Ministério Público, Número Especial COVID-19*, ano 41, junho 2020, pp.165-191;

Lancet retracts 12-year-old article linking autism to MMR vaccines”, in *CMAJ*, 09/03/2019, disponível em <https://www.cmaj.ca/content/182/4/E199>

LAVOURAS, Matilde; ALMEIDA, Teresa, “Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento”, in *Boletim de Ciências Económicas*, V. II, Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2009

LEVI, Guido Carlos, *Recusa de vacinas: causas e Consequências*, São Paulo: Segmento Farma, 2013,

LOUREIRO, João Carlos, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, Coimbra, FDUC, 2003 (Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à FDUC) nota 283

MAGALHÃES, Vânia Filipa, “*Reflexões sobre o crime de desobediência em Estado de Emergência*”, in *Revista Julgar*, março de 2020, vide <http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-deemergencia/>.

MATOS, Nuno Igreja, “O Direito Penal contaminado: breve notas sobre o crime e a (propagação de) doença”, Parte I, abril de 2020, in *Covid-19, Direito Penal e*

*Filosofia do Direito*, disponível em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/23/o-direito-penal-contaminado-por-nuno-igreja-matos/> **200**

MEDEIROS, Rui, in MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada*, Vol. I, 2ª ed. revista, Lisboa: Universidade católica Editora, 2017

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª Ed. rev. e atual., Coimbra: Edições Almedina, 2020

MONGE, Cláudia, *O Direito fundamental à proteção da saúde*, E-pública (Revista Eletrónica de Direito Público), Vol. 6, N.1, abril 2019, consultado em 18/03/2022, disponível em <https://e-publica.pt/volumes/v6n1a06.html>,

MONTEIRO, Cristina Líbano, “Artigo 348º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, T. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp.349 e ss.

NOBRE, Márcio Albuquerque; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, “O princípio da precaução: perspetivas de aplicação no âmbito ambiental e penal”, in *Revista de ciências Empresariais e Jurídicas*, v.26, 2015,

NOVAIS, J. Reis, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2º Ed., Lisboa, AAFDL, 2017

Nuno, “Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: entre a obrigação Estadual de Proteção e a Proibição do Excesso”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. 1, 2017,

OCHAITA, Silvia Valmaña, “El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos”, in ADPCP, Vol. LXXIV, 2021, pp.173 – 201, vide [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2021-10017300202](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2021-10017300202)

OLIVEIRA, Alexandre Au-Yong, *O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições de deslocação e fixação – breves notas*, in: AA. VV., *Estado de Emergência – COVID 19. Implicações na Justiça*, Lisboa: CEJ, 2020, pp.431, [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_Covid19.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf)

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2006 366

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal europeu pós-lisboa: um direito penal funcionalista?”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 146, Nº 4004, Coimbra, 2007, pp.320-334

RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, Nº2, abril-junho 2013,

SAKELLARIDES, Constantino, “*Saúde pública prospetiva*”, *Revista Portuguesa da Saúde Pública*, nº 21, 2003

SILVA, Sandra Oliveira e, “*Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas “irresponsáveis” de contágio?*”, in *Revista do Ministério Público*, Número Especial COVID- 19, ano 41, junho 2020, pp.193-224 ;

SMITH, Petter G., “Concepts of herd protection and immunity”, *Procedia in Vaccinology*, Elsevier, *Procedia in Vaccinology V.2, Issue 2*, 2010, p. 136, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.provac.2010.07.005>. Nota265

SNS, “*Declaração de fim de surto*”, 11 de junho de 2018, disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/06/11/declaracao-de-fim-de-surto/>

SNS, “*Portugal – Surto de Sarampo*”, 21 de março de 2018, disponível em <https://r-3.sns.gov.pt/noticias/2018/03/21/portugal-surto-de-sarampo/>

SNS, “*Programa Nacional de Vacinação*”. *Temas de saúde* (atualizado a 06/05/2022), disponível em <https://www.sns24.gov.pt/tema/vacinas/programa-nacional-de-vacinacao/>

SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção de interesses do consumidor”, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp.179 e 180.

SOUSA, Susana Aires de, “*A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção de interesses do consumidor*”, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.573

SOUSA, Susana Maria Aires de, “*Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza*”, in Estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

SOUSA, Susana Maria Aires de, “Saúde Pública, direito penal e “novos riscos”: um triângulo com lados desiguais”, in *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, Cap. IX, Carla Amado Gomes (coord.), AAFDL, Lisboa, 2014

SOUSA, Susana Maria Aires de, “Sobre a proteção da saúde pública em tempos de pandemia: "isto já não é o que nunca foi".” in *Revista do Ministério Público*, Ano 41 - Número Especial Covid-19, junho 2020, pp.129-163

SOUSA, Susana Maria Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão Sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, - (Monografias). Coimbra: Edições Almedina, 2021

UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, “*Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health : note / by the Secretariat*”, Geneva: UN, 28 Mar. 2017 (versão inglesa), vide <https://digitallibrary.un.org/record/1298436?ln=es>

WHO, “*20 million children miss out on lifesaving measles, diphtheria and tetanus vaccines in 2018*. 2019”, 15 de julho de 2019, disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/15-07-2019-20-million-children-miss-out-on-lifesaving-measles-diphtheria-and-tetanus-vaccines-in-2018>

WHO, “*Health Promotion Glossary*”, 1998, disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-HPR-HEP-98.1> , **nota 46**

WHO, “*How do vaccines work?*”, disponível em <https://www.who.int/pt/news-room/feature-stories/detail/how-do-vaccines-work>

WHO, “*Ten threats to global health in 2019*”, 21 de março de 2019, disponível em <https://www.who.int/vietnam/news/feature-stories/detail/ten-threats-to-global-health-in-2019>

WHO, “The Triple Billion targets. A visual summary of methods to deliver impact”, disponível em <https://www.who.int/data/stories/the-triple-billion-targets-a-visual-summary-of-methods-to-deliver-impact>

WHO, *Imunization Agenda 2030: A Global Strategy To Leave No One Behind (IA2030)*, 1 de abril de 2020, disponível em <https://www.who.int/publications/m/item/immunization-agenda-2030-a-global-strategy-to-leave-no-one-behind>

WHO/N.Thomas, *Vaccines and immunization* disponível em [https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1)

## JURISPRUDÊNCIA

Ac. TC nº426/91, Proc. nº183/90 (conselheiro Sousa e Brito), disponível em [https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#\\_edn1](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#_edn1)

Ac. TC nº155/2007, de 10 de abril in Diário da República nº 70/2007, série II de 2007-04-10, pp.9088-9100

Ac. do TC nº377/2015, proc. nº658/2015 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), de 12 de agosto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>,

Ac. TC nº426/91, proc. nº183/90, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html> e Ac. TC nº95/2011, de 12-03-2013, disponível em <https://files.dre.pt/2s/2013/03/050000000/0908909093.pdf>

Ac. do Tc nº nº377/2015, Proc. nº 658/2015 (conselheira Maria Lúcia Amaral), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>

Ac. TC. nº85/85, Processo nº 95/84 (Conselheiro Vital Moreira), *disponível em* <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

Ac. do TC nº75/2010, Processos nºs 733/07 e 1186/07 (Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), *disponível em* <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

Ac. TC nº423/2008, Proc. nº 592/08 (Conselheira Ana Guerra Martins), *disponível em* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080423.html>

Ac. 187/2010, Proc. nº 561/09 (Conselheiro Vítor Gomes), *disponível em* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100187.html>

Ac. do TC nº184/2008, Proc. nº 614/2007 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), *disponível em* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080184.html>.

Ac. do TC nº 731/95, Proc. nº274/90, (Conselheiro Alves Correia) *disponível em* <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>

BVerfGE 7, 198 – Lüth, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>

BVerfGE 39, 1, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>

Ac. Tribunal de Justiça, de 5 de maio de 1998, Proc. C-180/96, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=357E8293FC00532774D90D37D78BBE77?text=&docid=43818&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1411323>

Ac. do TC n.º75/2010, Processos n.ºs 733/07 e 1186/07 (Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

Ac. TC. n.º85/85, Processo n.º 95/84 (Conselheiro Vital Moreira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>

Ac. do TC n.º377/2015, Proc. n.º658/2015, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>

Ac. TR Évora, Proc. n.º 27/15.8 PFSTB.E1, de 10/10/2017, vide <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/69D29FFEF9AB667A802581C3004AB047> e o Ac. STJ, Proc. n.º765/15.5T9LAG.E1.S1, de 16/05/2019, vide <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d4936b972749b0e802583fd002da840?OpenDocument>

AG Braunschweig (112 C 1262/20), 29 de outubro de 2020 vide <https://xn--rabro-mva.de/zum-anspruch-auf-schmerzensgeld-aufgrund-des-anhustens-gegen-das-gesicht-waehrend-der-corona-pandemie/>.

Caso Dica - *R v. Dica* [2004] EWCA Crim 11033, de 05.05.2004, disponível em <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/06/UK-2004-R-v-Dica.pdf>.

TEDH, Caso Vavricka e outros c. República Checa, 8 de abril de 2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039>

## LEGISLAÇÃO

Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, 15 de março de 1974, vide <https://www.gesetze-im-internet.de/bimschg/BJNR007210974.html>

Lei nº 95/2019, de 04 de setembro que consagra a versão atual da Lei de Bases da Saúde Pública (LBS), e que revoga a Lei nº48/90, de 24 de Agosto, vide <https://data.dre.pt/eli/lei/95/2019/09/04/p/dre/pt/html>

Decretos do Governos nº2-A/2020, de 20 de março, nº2-B/2020, de 2 de abril (1ª renovação do Estado de Emergência) e nº2-C/2020, de 17 de abril (2ª renovação do Estado de Emergência), estabelecendo no art.3º/2, que “*constituía crime de desobediência a violação do confinamento obrigatório*” nos casos em que era imposto Legislação disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec/2-a/2020/03/20/p/dre/pt/html>, <https://data.dre.pt/eli/dec/2-b/2020/04/02/p/dre/pt/html> e <https://data.dre.pt/eli/dec/2-c/2020/04/17/p/dre/pt/html>.

CP de 1982, aprovado pelo DL 400/82, de 23 de setembro, na sua versão consolidada posterior à reforma de 1995 efetuada pelo DL 48/95, de 15 de março (versão atual, vide <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>)

CP de 1886 “Código penal: aprovado por decreto de 16 de setembro de 1886”, in *Leis, decretos, etc.*, ed. oficial, Lisboa: Imprensa Nacional, 1926.

Decreto Lei nº 41 204, de 24 de julho de 1957, disponível em <https://files.dre.pt/1s/1957/07/16700/07550761.pdf>.

CP português de 1982, versão originária do DL nº400/82, de 23 de setembro, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=101&tabela=lei\\_velhas&versao=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&versao=1&so_miolo=)

Lei nº258/200 Coll., de 14 de julho de 2000, que consagra as medidas de proteção da saúde pública (“The Public Health Protection Act”), versão inglesa disponível em [https://esdac.jrc.ec.europa.eu/Library/Themes/Contamination/workshop\\_Nov2003/legislation/CzechPublicHealthProtection.doc](https://esdac.jrc.ec.europa.eu/Library/Themes/Contamination/workshop_Nov2003/legislation/CzechPublicHealthProtection.doc)