

# Sobre a proteção penal da saúde pública em tempos de pandemia: “isto já não é o que nunca foi”

Susana Aires de Sousa

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

---

---

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. O BEM JURÍDICO-PENAL: CRISE OU EVOLUÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA? III. A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA EM PORTUGAL: DE ONDE VIMOS E ONDE ESTAMOS? IV. A SAÚDE PÚBLICA COMO UM BEM JURÍDICO-PENAL DE NATUREZA COLETIVA. 1. A noção de saúde pública. 2. A dignidade penal da saúde pública. V. A COVID-19 E O CRIME DE VIOLAÇÃO DE CONFINAMENTO OBRIGATÓRIO: TUTELA DA AUTONOMIA INTENCIONAL DO ESTADO OU DA SAÚDE PÚBLICA? VI. CONCLUSÃO.

---

---

## I. INTRODUÇÃO

Há já algum tempo, quem percorria a Rua Larga que atravessa os edifícios da Universidade de Coimbra lia, a tinta de lata e em letras apressadas, “Isto já não é o que nunca foi”. Esta frase serve para introduzir a ideia principal deste estudo: a saúde pública, tendo tido no passado alguma relevância na legislação penal, foi, ao longo dos anos, perdendo quase totalmente esse estatuto, se é que alguma vez chegou a deter. Um estatuto residual, ausente a um tempo inimaginável como aquele que hoje vivemos. Assim, a saúde pública tem hoje escassa ou nula relevância criminal enquanto bem jurídico-penal. Pretendemos neste texto argumentar que a saúde pública é

um interesse jurídico, de natureza coletiva, digno de proteção jurídica e, em algumas das suas dimensões – claramente manifestadas em contexto de epidemia –, merecedor de uma tutela penal, não refletida no atual texto legal. A tutela da saúde pública deveria ter sido o parâmetro seguido nas incriminações criadas em contexto pandémico. Todavia, não foi essa a escolha do poder executivo, que, na falta de uma tutela penal da saúde pública, fez assentar as novas incriminações no exercício de um poder de autoridade, opção que nos suscita algumas reservas designadamente quanto à ilicitude material do crime de *confinamento obrigatório*.

Este percurso faz-se essencialmente no plano dogmático explorando duas questões: *i)* deve a saúde pública conceber-se como um bem jurídico autónomo, com dignidade e valor próprios, ou antes, de uma perspetiva mais crítica, como um interesse que serve a expansão do direito penal, contribuindo para a erosão daquela categoria clássica? *ii)* reconhecendo-se à saúde pública a natureza de um autêntico bem jurídico com dignidade penal, em que termos se tem concretizado a sua proteção no nosso ordenamento jurídico? Se a primeira pergunta merecerá da nossa parte uma resposta positiva, cremos que a resposta à segunda nos permitirá expressar algumas dúvidas e reservas sobre a sua tutela jurídico-penal, que se adensaram no contexto de pandemia que agora vivenciamos – a elas nos referiremos de modo específico no ponto V deste estudo.

## II. O BEM JURÍDICO-PENAL: CRISE OU EVOLUÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Diz o artigo 40.º do Código Penal (CP) que a aplicação de uma pena visa a *proteção de bens jurídicos* e a reintegração do agente na sociedade. À categoria de bem jurídico tem sido reconhecida uma diversidade de funções importantes, seja no plano dos fins das penas, seja a montante na legitimação do exercício da ação penal.

Assim, em volta desta categoria dogmática gira não só a sistemática dos factos puníveis, como o conceito material de crime e a fundamentação do ilícito penal<sup>[1]</sup>. A literatura penal sobre o bem jurídico reconhece-lhe, com frequência, uma função de critério legitimador da intervenção punitiva restritiva de direitos fundamentais. Daí que se reconheça ao conceito de bem jurídico-penal, enquanto padrão da incriminação, uma *função crítica* de normas constituídas ou a constituir<sup>[2]</sup>, mas se assinale igualmente uma *função dogmática*, enquanto substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo, e ainda uma *função interpretativa e sistemática*, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na Parte Especial do CP<sup>[3]</sup>.

Esta é, porém, uma categoria que tem vindo a ser posta à prova<sup>[4]</sup> por um conjunto de fatores de natureza muito diversa, como, a título de exemplo, o reconhecimento da tutela penal de interesses supraindividuais, de natureza económica e social e de titularidade difusa, a tutela de novos riscos, associados a um crescente desenvolvimento tecnológico, imprevisível e incontrollável nas suas consequências<sup>[5]</sup>, ou os movimentos de expansão e de neocriminalização assentes na proibição de comportamentos ou na tutela de sentimentos. É também por isso uma categoria em crise<sup>[6]</sup>, cujas

[1] De modo desenvolvido, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 171-239.

[2] Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 132.

[3] Sobre estas funções desempenhadas pela categoria de bem jurídico, vide GIOVANNI FIANDACA, “Il bene giuri-

dico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *RIDProcP*, ano XXV (1982), p. 43 e ss.

[4] CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 23 (2013), p. 7 e ss. Também, sobre esta questão, MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 48 e ss.

[5] Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA,

“Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 86 (2010), p. 231 e ss.

[6] Cf., na literatura portuguesa, entre outros, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais*, *op. cit.*, p. 201 e ss.; JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora,