

O CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA E A COVID-19

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA¹

Resumo: tendo por pano de fundo a pandemia Covid-19, analisa-se o tipo legal de propagação de doença contagiosa (artigo 283.º, n.º 1, a) do Código Penal), em particular, a sua aplicabilidade a situações de contágio por Sars-CoV-2. Em última instância, pretende-se avaliar esta tipificação no âmbito mais geral da saúde pública, em especial, na prevenção e contenção de doenças contagiosas e, sobretudo, de novos riscos para a saúde.

Palavras-chave: Covid-19; crime de propagação de doença contagiosa; políticas de saúde pública.

I. O CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA NO CONTEXTO DA COVID-19

I.1. Introdução

A atual pandemia da Covid-19 voltou a trazer “à superfície” a discussão sobre a aplicação do Direito Penal em matéria de saúde pública, em particular, no âmbito da prevenção da propagação de doenças contagiosas. Não é fenómeno novo; assim que irrompem surtos de doenças contagiosas, imediatamente a intervenção do direito penal passa a ser reclamada e a estar na “ordem do dia”. Pode seguramente dizer-se que a pandemia da Covid-19, pela sua amplitude e pelos efeitos que produziu (e infelizmente continua a produzir), também torna mais visível e instantânea a aplicabilidade do direito penal. No direito português, a discussão tem por foco o tipo legal de propagação de doença contagiosa (para além dos tipos legais “tradicionais”). Assim, será de supor que o sistema penal português esteja bem preparado para atacar e reprimir os “propagadores” de Covid-19 (ou de outras doenças contagiosas). Trata-se, assim o julgamos, de mera aparência. Numa doença, como a Covid-19, que se propaga “pelo ar”, pelas “gotículas”, saber quem causou o quê, suscitará sempre dúvidas; em boa

¹ Professor Associado com Agregação da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

verdade, coloca-se logo o problema mais difícil de responder: propaga-se o quê? Uma doença, um vírus? Ou, em casos de comportamentos coletivos “irracionais”, quem é agente e quem é vítima? E por aí adiante...

Porém, um “acontecimento traumático” desta natureza impõe uma reflexão e revisão da matéria. É o que o Autor deste contributo se propõe fazer: refletir e confrontar-se com o que há 20 anos escreveu², tendo por justificação a pandemia Covid-19, mas também um conjunto de elementos novos que, ao longo deste tempo, foi recolhendo.

II.2. O Direito Penal no contexto da saúde pública

São sobretudo dois os tipos legais de crime do Código Penal que surgem usualmente associados à repressão de condutas de transmissão de doenças contagiosas: o crime de propagação de doença contagiosa e os de ofensa à integridade física (e poderiam acrescentar-se ainda os homicídios); mas, por todas as razões, será do primeiro que se ocupará este trabalho. A experiência já vivida permite, desde logo, fazer notar que os atuais tipos legais parecem ser inadequados, insuficientes ou de difícil aplicação a esta pandemia. Assim, a necessidade que o legislador (da emergência) sentiu, tendo-se visto obrigado a remeter muitas das condutas de risco, em matéria da propagação da Covid-19, para o âmbito do crime de desobediência, um crime de desobediência às “autoridades” (embora, atualmente, não às autoridades de saúde pública), não deixa de ser, em alguma medida, tradução dessa deficiência; estamos perante uma manifestação incriminatória própria de um direito penal da emergência (uma solução punitiva *ad hoc*). Todavia, e por muito que a remissão para o crime de desobediência — por violação de comandos abstratos ou concretos destinados a prevenir efeitos nefastos para a saúde pública — possa trazer à memória formulações mais antigas do próprio crime de propagação de doença contagiosa, é preciso não esquecer que a razão e fundamento desta incriminação (*rectius*: a inclusão das diversas infrações no crime de desobediência) não se justifica (primariamente) pela ideia de proteger a saúde individual de pessoas (ou seja, prevenir o perigo para uma pessoa concreta)³. Pelo contrário⁴. Deste modo, não

² Assim, o nosso comentário ao artigo 283.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, Coimbra, 1999. Entenda-se este contributo como uma revisão (para futuro comentário), decorrente do natural “contraditório científico”, mas também da consideração de novos elementos, em particular, a integração do tipo legal no quadro das políticas de saúde pública.

³ Prevenindo contra a confusão no sentido da conexão entre a conduta de violação do confinamento obrigatório, integrada no crime de desobediência, e o crime de propagação de doença contagiosa; cf. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Nota sobre o crime de propagação de doença contagiosa no contexto da pandemia de COVID-19”, in <https://itercriminis.blog/2020/04/14/nota-sobre-o-crime-de-propagacao-de-doenca-contagiosa-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Como refere o Autor, no crime de propagação de doença contagiosa é necessário que se verifique o contágio e que se crie o efetivo perigo concreto.

se pode ler nos conteúdos subjacentes à incriminação por desobediência o equivalente ao conteúdo da versão do crime de propagação de doença contagiosa, tal como constava no Anteprojeto de Revisão do Código Penal, quando no seu artigo 318.º, o n.º 3⁵, a propósito da propagação negligente, afirmava: “se a conduta descrita neste artigo for imputável a título de negligência, *nomeadamente quando se infringir disposição legal ou determinação de autoridade pública destinada a prevenir o respetivo perigo* (o perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou integridade física de um número indeterminado de pessoas) ... Veja-se que subordinadas à “cominação por desobediência” se encontram diversas condutas/imposições, com sentido e fundamentos diferenciados, “por acaso” integradas numa norma incriminadora e sujeitas a uma mesma moldura legal. Até aquela medida que mais próxima está da tutela de um perigo (criminalmente relevante), sendo dotada de alguma autonomia normativa na versão dos primeiros decretos de regulamentação do estado de emergência — a violação da imposição de confinamento obrigatório —, não serve de fundamento, só por si, para afirmar o crime de propagação de doença contagiosa. Por um lado, não se pode fundar um qualquer juízo de perigosidade concreta na mera violação do confinamento, pois, para efeito de crime de propagação de doença contagiosa, é necessária a transmissão do vírus e conseqüente criação de perigo concreto (para a saúde); por outro, o universo dos destinatários da imposição não é apenas o dos infetados com Sars-CoV-2 ou doentes com Covid-19; por fim, a determinação da pena do crime de desobediência não tem, por si, referência a critérios médicos ou até de perigo; afere-se apenas pela gravidade da desobediência.

A submissão destas condutas (proibições ou imposições, incluindo a que ora singularizamos) à incriminação de desobediência decorre das consequências da pandemia Covid-19, não apenas para a saúde das pessoas que possam ser afetadas pelo vírus/doença, mas sobretudo para o sistema social e, em particular, para o sistema de saúde, isto é, a saúde pública (enquanto valor “supraindivi-

Observe-se que as considerações do Autor se dirigiam à primeira versão da incriminação de desobediência à imposição do confinamento obrigatório (redação que já não consta nos mais recentes Decretos). Sobre esta discussão, cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Sobre a proteção penal da saúde pública em tempos de pandemia: “isto já não é o que nunca foi”, *Revista do Ministério Público*, Número Especial, Covid-19, 2020, p. 159 ss.; fazendo já referência à alteração legislativa do crime de desobediência, cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA (“Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas irresponsáveis de contágio?”, *Revista do Ministério Público*, Número especial, Covid 19, 2020), p. 214 e, quanto à alteração de estratégia, p. 219 ss. Deixaremos de lado este tema, no âmbito deste trabalho.

⁴ Com efeito, o tipo legal de desobediência, e as correspondentes imposições/proibições, integra-se num quadro geral político-normativo, em que se afirma: “*É prioridade do Governo prevenir a doença, conter a pandemia, salvar vidas e assegurar que as cadeias de abastecimento fundamentais de bens e serviços essenciais continuam a ser asseguradas. Com efeito, urge adotar as medidas que são essenciais, adequadas e necessárias para, proporcionalmente, restringir determinados direitos para salvar o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos os portugueses*” — cf., preâmbulo do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março (diploma que serve de mero exemplo).

⁵ Cf *Actas da das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 299.

dual”). A Covid-19 coloca, em tese, um problema para “bens jurídicos pessoais”: o perigo para a vida e saúde de outras pessoas; mas também provoca, e aqui não em tese, mas realmente, o perigo de desestabilizar o sistema de saúde, isto é, colocar em causa um “bem jurídico sistémico”⁶, criando um risco para um número indiferenciado/indeterminado de pessoas que perdem o acesso ao serviço de saúde. Neste sentido, quando nos decretos, que regulam o estado de emergência, se refere “*salvar vidas humanas*” (de todos os portugueses) não se está necessariamente a pensar apenas numa proteção direta de bens jurídicos individuais (vida ou integridade física), mas também na proteção “difusa” desses bens jurídicos (isto é, a proteção dos utentes da saúde, seja os que possam estar doentes de Covid-19, seja outros doentes que careçam de tratamentos urgentes do serviço público e que podem ficar prejudicados pela pandemia).

De resto, os conteúdos imperativos, cujo não cumprimento pode servir de fundamento à cominação por desobediência, só foram determinados em situação de emergência. Ora, tal significa que a doença contagiosa está já propagada, difundida; a epidemia já foi causada ou então é muito provável⁷. De facto, o crime de propagação de doença contagiosa pressupõe, pelo menos para determinação do seu âmbito de proteção, uma definição prévia da doença contagiosa “presente”; definição já estabilizada, conhecida, “sistematizada”; não a concreta doença contagiosa ainda em difusão e em estudo. Para se saber da gravidade/transmissibilidade de uma doença contagiosa é pressuposto que ela já tenha acontecido várias vezes no passado (ou, pelo menos, que se disponha de dados de sobre a fenomenologia, para assegurar previsões); só assim se poderão firmar “probabilidades de perigo” (sobretudo, probabilidades de perigo para a vida ou para a integridade física) estatisticamente seguras. Além de que o grau de perigosidade de uma doença pode variar, durante a mesma “pandemia”.

Ora, tal probabilidade segura pressuporá, desde logo, uma exigência formal: a declaração da doença contagiosa como de notificação obrigatória; somar-se-á a exigência de publicitação das regras e orientações de controlo ou de contenção que possam ser entendidas como regras para a proteção de outras pessoas e, por isso, apreendidas pela comunidade e por cada cidadão como protetoras da saúde na interação pessoal. Obviamente, podem valer outras regras da experiência; mas, aqui, devem colocar-se algumas reservas quanto à sua utilização, uma vez que está em causa um domínio científico (e não o do palpito ou da superstição).

⁶ Recorrendo, agora, a ALMEIDA COSTA e à sua conceção de bem jurídico-meio ou instrumental; cf., p. ex., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, artigo 372.º, § 9.

⁷ “Assim, o presente decreto pretende proceder à execução do estado de emergência, de forma adequada e no estritamente necessário, a qual pressupõe a adoção de medidas com o intuito de conter a transmissão do vírus e conter a expansão da doença Covid-19” — cf. Preâmbulo de Decreto acima citado.

Neste sentido, nota com razão SANDRA OLIVEIRA E SILVA (“Entre a desobediência e a propagação de doença...”, p. 201) que, na fase inicial de contaminação, seria pensável fazer prova de uma cadeia de contágio. Mas, com a posterior disseminação, tal demonstração torna-se muito difícil.

Chamaríamos, no entanto, a atenção para o facto de o direito penal (em particular, a incriminação de propagação de doença contagiosa) estar, ou poder estar, já desatualizado, ainda antes de termos sido confrontados com a pandemia. Com efeito, já em 2009 foi promulgada legislação que criou um sistema organizado, visando prevenir riscos para a saúde pública: veja-se, assim, a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto — *que institui um sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, atualiza e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos para a saúde...* Será este sistema de vigilância que terá por incumbência garantir a aplicação de medidas de prevenção, alerta, controlo e resposta relativamente a doenças transmissíveis, em especial, as infetocontagiosas (artigo 1.º), referindo-se ainda que as medidas previstas têm por objetivo *prevenir e conter a propagação de doenças contagiosas* (artigo 2.º). Daí que seria (teria sido) importante a consideração deste diploma e refletir em que medida a sua aprovação não implicará (deveria ter implicado) uma modificação da compreensão dos tipos legais vigentes, em particular, do crime de propagação de doença contagiosa — propiciando-se, eventualmente, a sua reformulação, pelo menos em alguns dos seus âmbitos, ou, quiçá, a sua revogação/substituição.

Com efeito, numa análise perfunctória do diploma que acabámos de referir, extrai-se que se preveem a aplicação de medidas de resposta e de emergência muito variadas (cf. artigos 12.º e ss.). Ora, parece-nos que, atendendo ao tipo de medidas que podem ser postas em ação através deste sistema de vigilância (com competências repartidas por várias entidades), se deveria ter discutido se, em certas situações, a forma de reação penal não passaria forçosamente pela criação de leis penais de emergência ou temporárias (sobre os critérios de existência de emergência em saúde pública, cf., o seu artigo 13.º, n.º 4), ou então, por verdadeiros tipos legais de “saúde pública” preventivos, não tanto pela aplicação de tipos legais “clássicos” (mas não excluindo necessariamente a sua aplicação). Com efeito, já de acordo com uma lógica de subsidiariedade, a intervenção penal só pode justificar-se em associação (mas, do mesmo modo, como reforço, e não sem prévia intervenção) à atuação de outros meios de prevenção e contenção de perigos reconhecidos como de alta gravidade. Obviamente, um direito penal não “reativo”, mas preocupado com a vertente “preventiva”, face à pluralidade de bens jurídicos que podem estar em causa.

Percebe-se, assim, a opção (“forçada”, e também já considerada inconstitucional) pelo recurso à “técnica” do crime de desobediência, incluindo a sua vertente mais discutida de desobediência por “violação de confinamento obrigatório” (isto é, de acordo com a formulação originária)⁸.

⁸ Criticando a solução legislativa, cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Sobre a proteção penal da saúde pública ...”, p. 159 ss. Autora que critica, muito justamente, o legislador, por fazer incluir no âmbito do crime de desobediência formas de tutela da saúde pública. A dúvida que temos reside em saber se a crítica se deve dirigir ao legislador “do momento de emergência”, ou se a crítica não precederá a emergência (exatamente no momento de alteração legislativa em matéria de política de saúde).

Mas esta Lei de 2009 permite também extrair implicações para o Direito Penal.

Com efeito, neste diploma pune-se a título de contraordenação *muito grave* (artigo 21.º), o *incumprimento do dever de notificação obrigatória* (previsto em geral no n.º 3 do artigo 16.º) e ainda o *incumprimento do dever de transmissão imediato de alerta* (referido no artigo 10.º, n.º 1) para determinadas entidades (as denominadas “entidades sentinelas”). Assim, a nossa afirmação, constante de comentário a este tipo legal, de que a omissão do dever de notificação obrigatória por médico pode integrar um crime de propagação de doença contagiosa deve considerar-se “abalada” (pelo menos desde 2009). De resto, o diploma não impõe este dever apenas aos médicos, mas também às denominadas “entidades sentinelas”.

De facto, além de o presente diploma omitir, em matéria sancionatória, qualquer referência ao direito criminal (seja direta, seja por remissão, pelo menos para efeitos de doenças potencialmente de maior gravidade ou através de uma qualquer cláusula de salvaguarda “subsidiária”⁹), analisando-se os critérios de determinação da coima (n.º 7 do artigo 22.º¹⁰), quase se pode concluir pela sua não aplicabilidade.

É verdade que estas entidades não estão preocupadas com a saúde concreta, a de cada cidadão, mas sim com a saúde pública. Todavia, deve ou não existir alguma ligação entre uma e outra área, na medida em que a preocupação com cada indivíduo tem de ser também a concretização da preocupação com a saúde pública?

II. O CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA

II.1. A “polimorfia” do crime de propagação de doença contagiosa e a saúde pública

O tipo legal de propagação de doença contagiosa foi ao longo dos tempos depurado dos seus elementos típicos “extrapenais” e é, hoje, um crime comum, ou seja, suscetível de ter por agente “qualquer pessoa”.

Tal como já se salientou, a versão do Anteprojecto manifestava uma clara “acessoriedade” ao direito administrativo da saúde (através da referência

⁹ Como exemplo, veja-se a *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* (ifSG — Infektionsschutzgesetz), que contém um conjunto de ilícitos contraordenacionais (§ 73) e, nos seus §§ 74 e 75, consagra, em certas circunstâncias, a criminalização da propagação dolosa de determinadas doenças (*Krankheit*) ou dos seus agentes patogénicos/infeciosos (*Krankheitserreger*), bem como ainda de outras condutas; sobre esta Lei, cf., SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Entre a desobediência e a propagação de doença ...”, p. 211 (nota 28), e ainda p. 224 (nota 47).

¹⁰ Que reza: *A aplicação do regime sancionatório deverá ter em conta o risco associado de perigosidade para a saúde pública, que decorra da transmissibilidade e da virulência da infecção em causa, bem como da possibilidade e magnitude de se gerarem cadeias de transmissão que a falta de notificação obrigatória originar.*

expressa às normas de direito administrativo ou aos comandos da autoridade pública de saúde). De resto, na versão originária do Código Penal, ainda se mantinha prevista como conduta autonomizada a omissão por médico do dever de notificação obrigatória. Incriminação que obviamente só poderia ser justificada pelo interesse de saúde pública, subjacente a este dever. Neste sentido, é manifesto que, implícito no tipo legal, sempre esteve, na parte em que esteja em causa a saúde pública em sentido próprio, uma regra de “acessoriedade” à disciplina da segurança da saúde pública (tanto do médico, como, aqui sobretudo no Anteprojeto, do portador de doença contagiosa).

De facto, não se pode esquecer que, ao tempo do Anteprojeto, estava em vigor a Lei n.º 2.036, de 9 de Agosto de 1949¹¹ (Lei de Base contra as doenças contagiosas), que na sua Base IV afirmava:

1. As pessoas afectadas de doença contagiosa não devem tomar contacto directo com o público durante o período de contágio ou praticar actos de que possa resultar a transmissão da doença; 2. As autoridades sanitárias poderão determinar que, enquanto existir perigo imediato de contágio, as referidas pessoas não possam frequentar escolas, estabelecimentos públicos ou particulares, casas de espectáculos ou locais de trabalho, nem utilizar meios de transporte em comum ou ainda exercer profissões que favoreçam a difusão da doença¹²; e na Base IX (2) — Os médicos que, no exercício da sua profissão, tenham conhecimento ou suspeita de casos de doença contagiosa, deverão comunicá-lo, no prazo máximo de quarenta e oito horas, ao delegado ou subdelegado de saúde da respectiva área.

Como se vê, o tipo legal, na versão do Anteprojeto, abrangia, implicitamente, estas Bases da Lei sobre doenças contagiosas.

É verdade que, mesmo na sua formulação originária, o tipo legal não se restringia apenas à dimensão do contágio de doenças de notificação obrigatória (a referência no tipo legal de crime à obrigação do médico de notificar tal doença demonstra que as abrangia; mas não se esgotava nesse conteúdo e era também um “crime comum”).

É preciso não esquecer que, no âmbito da política de prevenção de doença contagiosa, se abrangem duas “modalidades” de propagação: as condutas que causam “epidemias” (incluindo novas doenças) e as condutas de controlo ou de prevenção de doenças contagiosas já definidas pelas autoridades públicas.

Pode, isso sim, dizer-se que, na versão originária do Código Penal, o tipo legal visava a proteção do bem jurídico “saúde pública” — por isso, o tipo

¹¹ Diário do Governo, 9 de agosto de 1949, I Série — Número 175. Lei que formalmente só foi revogada em 2009.

¹² Na base V, n.º 3, acrescenta-se: “serão obrigatoriamente internados os doentes e suspeitos que, oferecendo perigo imediato e grave de contágio, não possam ser tratados na sua residência e ainda os que se recusem a iniciar ou a prosseguir o tratamento ou a abster-se da prática de actos de que possa resultar a transmissão da doença”. Observe-se que, dentro das doenças contagiosas, assumiam particular relevância as doenças sexualmente transmissíveis, que tinham um conjunto de normas específicas.

legal pressupunha a indeterminação dos afetados, porque a principal finalidade político-criminal seria a prevenção da epidemia (concretizada nas agravações: de o agente *ter causado a epidemia* por meio de gérmens ou vírus bacteriológicos ou de ter atuado por baixaza de carácter¹³; acrescia ainda a agravação pelo resultado do artigo 267.º, mas apenas para a conduta dolosa de propagação).

Com a Revisão de 1995, o tipo legal deixou de fazer referência típica expressa a “elementos de saúde pública”, pelo que parece ter fundado político-criminalmente o crime de propagação de doença “no indivíduo”, na proteção individual, ampliando o âmbito da incriminação, verificando-se um fenómeno de “neocriminalização”. Reduziu-se, deste modo, a complexidade do tipo legal de crime, seja quanto ao universo das condutas, seja quanto ao universo das pessoas colocadas em perigo; não tendo sido, para nós, totalmente claro o sentido que se pretendeu conferir à norma.¹⁴

Mas não se pode afirmar que nos encontramos perante um tipo legal “assético” à disciplina da saúde pública. Não cremos que assim seja, ou sequer possa ser. Se existe alguma “polimorfia” no âmbito do tipo legal de crime, ela decorre também da circunstância de se pressupor necessariamente a “dependência” face às políticas e normas de saúde pública, em matéria de doença infetocontagiosa.

Pode seguramente dizer-se que se modificou o bem jurídico tutelado (passando-se a abranger bens jurídicos pessoais: vida ou integridade física), mas a estrutura do tipo (de perigo comum) mantém-se; ter-se-ão, talvez, alterado os fundamentos político-criminais. No entanto, estando em causa a propagação de doenças contagiosas, é evidente que o tipo legal tem que ver com o “problema público” que constitui a doença contagiosa. Com efeito, para se saber que há uma doença contagiosa com relevo (para a saúde pública) é preciso que “agentes oficiais” expressamente “qualifiquem” tal doença e bem assim demarquem a sua potencial gravidade ou perigosidade. Em matéria de saúde pública, não estão necessariamente em causa epidemias “letais”; podem estar em causa epidemias não graves, mas com efeitos “sistémicos”; o que é perigoso em matéria de saúde pública, não é necessariamente perigoso em termos de saúde individual. Nesse sentido, é obrigação de política de saúde pública dar um sinal sobre os verda-

¹³ Circunstâncias agravantes que encontram receção em tipos legais fundamentais do Código Penal italiano (artigo 438: causar epidemia mediante a difusão de germes patogénicos) e do Código Penal suíço (artigo 231: quem, por baixaza de carácter, propagar uma doença perigosa transmissível entre pessoas).

¹⁴ Cf., assim, *Comentário Conimbricense...*, artigo 283.º, §§ 9 e 15. De facto, pareceu-nos que, para afirmar/confirmar a especial perigosidade da doença, se justificaria a exigência da posterior transmissibilidade entre pessoas humanas (o carácter epidémico, a transmissibilidade a outras pessoas). Não está em causa difundir (p. ex., distribuir em lugares públicos) uma doença (por meio de vírus, mas não contagiosa — o antraz ou o tétano que, sendo doenças infecciosas que podem criar perigo para a vida, não são, porém, doenças contagiosas, transmissíveis entre pessoas). De resto, a previsão de uma moldura penal tão elevada também nos impeliu a essa conclusão. Todavia, a questão reside no facto de as doenças contagiosas serem um problema público (de saúde pública). *Não é, de todo o modo, a interpretação que hoje fazemos e, por isso, aqui a corrigimos.*

deiros riscos das doenças contagiosas e, sobretudo, sinalizar, não em abstrato, mas em concreto, as medidas a tomar.

Institucionalizada uma política e uma organização oficial de prevenção e contenção de propagação de doenças contagiosas, não pode o tipo legal de propagação deixar de assumir alguma “acessoriedade às normas de saúde pública” — em particular, no que respeita à determinação do perigo (nomeadamente do perigo concreto) e, sobretudo, às fontes de perigo e do seu controlo. Cremos que implicitamente sempre foi esta, e ainda é, a solução normativa. O facto de, hoje em dia, o tipo legal aparentemente não se aplicar a entidades ou organismos públicos, não quer dizer que os cidadãos não devam dispor, em caso de doença contagiosa, de orientações ou de regras imperativas sobre o modo como determinar o seu comportamento na vida concreta, por forma a não causar dano a outros cidadãos. Se o Estado falha nessa sua tarefa de sistematização e determinação dos perigos para efeito de saúde pública, serão os cidadãos que terão, então, de criar as normas de autocontenção e autorregular-se?

Deste modo, o crime de propagação de doença tem, em nosso entender, de ser visto implicitamente como um crime de violação de regras ou normas de conduta que visam (também) a proteção da saúde pública, embora apenas daquelas regras/deveres que tenham por efeito prevenir a transmissão de doenças contagiosas, que causem os perigos típicos previstos no artigo 283.º. Não se esqueça, de resto, que o crime de propagação de doença contagiosa não é o “alfa e o ómega” da repressão criminal destas doenças. Há ainda os “tipos legais de dano”, os tipos legais mais clássicos; há doenças contagiosas que dificilmente (p. ex., pelo modo específico de contágio ou, mais latamente, em razão do “contexto de contágio”) cabem no âmbito normativo desta incriminação de propagação de doença contagiosa; cabem, sobretudo, no âmbito dos “crimes clássicos” (e aí também se considerarão as razões de saúde pública).

Daí que, por força de tudo o que dissemos, para efeito de política de saúde só as *doenças contagiosas de declaração obrigatória* relevam para este tipo legal (não por opção do Direito Penal, mas da própria lógica da segurança de saúde pública).

II.2. Estrutura do tipo e sujeitos ativos

Como decorre do tipo legal de crime, estamos perante um crime comum.

O facto de o tipo legal prescindir de um específico sujeito ativo relaciona-se seguramente com alguns aspetos já referidos, mas sobretudo com este elemento: a determinação sobre quem tem o dever de cuidado, para efeito de prevenção de propagação de doença contagiosa, cabe à disciplina da saúde pública. Estando em causa doença contagiosa, sobretudo aquela de mais elevado risco (e definida como tal), os cuidados a ter para prevenir o contágio dos outros têm de ser concretizados “fora da lei penal”. E assim, tal como sucede atualmente no caso da Covid-19, definir o círculo de agentes onerados com o dever de cuidado depende das providências que são publicitadas ou tipificadas

e, nesse sentido, o âmbito dos agentes implicados está concretamente condicionado pela própria política de contenção da epidemia. Deste jeito, o tipo legal não se reduz ao portador/afetado da doença contagiosa (reconhecido como tal), mas, em função da doença, a todos aqueles que, de acordo com as normas administrativas e decisões de autoridade, tenham obrigação de tomar cuidados específicos, para que se previnam os danos que cabem no âmbito de proteção do artigo 283.º do Código Penal; incluindo, relativamente a certas doenças, a proibição absoluta, p. ex., de deter “substâncias contagiosas”. Por isso, determinar em concreto o universo de agentes do crime pode depender da perigosidade concreta da doença, do seu agente patogénico, do grau de contaminação já existente na comunidade, etc.

Não é necessariamente o afetado pela doença contagiosa o sujeito ativo do crime; a sua relevância “criminal” não depende apenas do tipo legal de crime; mas sim, p. ex., de ser ou poder ser sujeito-destinatário de específicas medidas de saúde pública para prevenção de uma doença contagiosa (decisão política que, obviamente, se poderá refletir no âmbito penal, p. ex., como sucede atualmente ao ser-se objeto de específicas medidas de contenção). No entanto, sujeito ativo será também qualquer pessoa a quem seja determinado o cumprimento de deveres de prevenção ou, então, que viole a proibição absoluta de certas condutas ou, p. ex., a proibição de posse de determinados agentes patogénicos. Referindo-nos em particular ao caso da Covid-19, estará em causa, p. ex., o dever de respeitar as regras de higiene, que podem ter conteúdo diferente, estando em causa uma pessoa singular ou uma entidade comercial.

Simplesmente, tal como é preciso que se caracterize a doença como perigosa e o seu grau de perigosidade, também a definição imperativa das “regras de cuidado” ou de delimitação do “permitido e não permitido” deve ser clara e bem demarcada, seja para o afetado pela doença contagiosa — de modo a não ser “fonte de perigo” para os outros (e sobretudo daqueles perigos referidos no Código Penal) — seja para outra pessoa — de modo a garantir que não cause, por ação ou omissão, perigos para outros. Em suma: é necessária a preexistência de normas, de regras de conduta ou atos autoritários concretos que permitam saber como controlar ou dominar o ser “fonte de perigo” para os outros — saber que se tem de ficar em casa, ou então que se tem de ter determinados cuidados para não fazer perigar os outros, transmitindo a doença. Exigências que a estrutura do tipo legal subjetivo do artigo 283.º impõe¹⁵.

¹⁵ Só deste modo se pode fundamentar a atual solução legal, *ao nível do tipo subjetivo* (uma solução algo singular, no panorama do direito comparado): a solução de, no âmbito dos crimes de perigo comum (concreto), se proceder, em regra, a uma tripla imputação: conduta dolosa/ criação dolosa ou negligente de perigo e conduta negligente/criação negligente de perigo. No caso concreto, para se poder comprovar da modalidade concreta de combinação, é pressuposto que, agindo dolosa ou negligentemente, o agente saiba ou, então, não deva desconhecer a especial perigosidade que está implicada na doença de que é portador ou, não o sendo, que possa causar, ao não cumprir com as regras de controlo estabelecidas. Só assim se lhe pode censurar a conduta de propagação (o contágio) e a conseqüente criação do perigo. Como é óbvio, os deveres de cuidado ou as proibições podem ser violados negligente ou dolosamente.

Convém, no entanto, chamar atenção para o facto de, em matéria de “condutas arriscadas” no domínio da saúde pública, poder haver alguma sobreposição deste normativo com outros tipos legais ou, eventualmente, verificarem-se “descontinuidades” na tutela penal. Assim, no âmbito do crime de propagação de doença contagiosa, podem, com a atual configuração normativa, ser incluídas condutas que, eventualmente, mereceriam outro enquadramento jurídico-penal; p. ex., na Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), o seu artigo 2.º, al. c) prevê como meio de constrangimento a prática de: “*Crime de produção dolosa de perigo comum através de (...) contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos*”. Uma vez que não há, no direito português, nenhum crime de “produção dolosa” de perigo comum através de difusão de doença (para seres humanos), parece que só por via da propagação de doença contagiosa¹⁶, ou então como “arma biológica”, se poderá integrar a conduta no terrorismo¹⁷. Do mesmo modo, podem incidentalmente cair no âmbito deste crime casos que configuram “lacuna de punibilidade” no âmbito de outras áreas de atividades perigosas; é o caso, p. ex., da indústria farmacêutica ou médica, quando coloque no comércio produtos injetáveis, para transfusão ou semelhantes (isto é, produtos que não sejam mastigáveis, bebíveis, ingeríveis, etc.), que, por “corrompidos”, causem perigo para a vida ou a integridade física. Uma vez que estas condutas não cabem no âmbito do artigo 282.º do CP — ou de tipo legal com “função equivalente” para este tipo de substâncias —, só é possível a sua repressão criminal (em termos de risco societário) se se propagar uma doença contagiosa (caso assim não suceda, não há qualquer tipo legal de “perigo comum” aplicável). Ora, tanto para o crime de terrorismo como também para a indústria farmacêutica não estará, em primeira linha, em causa a propagação de doença contagiosa, mas sim a provocação (ou o perigo de provocação) da doença¹⁸ (*tout court*) — neste

¹⁶ Observe-se que, no Anteprojeto, se previa, por remissão para o seu artigo 315.º (n.º 2 do artigo 318.º), a agravação por terrorismo (ao lado da morte) para o crime de propagação de doença contagiosa: “*com intenção de provocar medo ou terror entre a população*” / “*actuar como membro ou representante de um grupo que pratica tais crimes, como meio para atingir os fins que visa*” — cf. *Actas (1979)*..., p. 295.

¹⁷ A Decisão Quadro relativa à Luta ao Terrorismo (Decisão Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002) refere como crime-instrumento: f) *O fabrico, a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas e químicas, assim como a investigação e o desenvolvimento de armas biológicas e químicas*; g) *A libertação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas*; h) *A perturbação ou a interrupção do abastecimento de água, electricidade ou de qualquer outro recurso natural fundamental, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas*. Observe-se que a Decisão Quadro refere atividades que tenham por efeito “pôr em perigo vidas humanas”; todavia, a nossa lei concretiza o crime de perigo comum na *difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos*; ou seja, está em causa a proteção de animais e da flora. Por outro lado, na atual lei refere-se a *contaminação de ... águas destinadas a consumo humano* — conduta que correspondia ao antigo artigo 269.º do Código Penal. Cremos que o crime de produção dolosa, que melhor se adequa a servir de instrumento, será, talvez, o crime de poluição com perigo comum.

¹⁸ Não se pode excluir, pelo menos hipoteticamente, que, por causa de uma corrupção de alimentos, se possa causar também uma doença contagiosa, criando-se perigo para a vida ou a integridade

sentido, poderia dizer-se que o crime de transmissão de doença contagiosa é também uma forma particularmente grave de difusão de doença ou uma forma particularmente grave de “corrupção” de substâncias médicas (não é, porém, este o perigo típico que está subjacente à incriminação de corrupção de substâncias do artigo 282.º). Do mesmo modo, em casos de contágio em espaço fechado, pode haver concorrência entre o crime de propagação de doença contagiosa e o crime de violação de deveres/regras, que visam, p. ex., a proteção do trabalhador (artigo 152.º-B). Deste modo, as altas exigências deste tipo legal de crime não afastam a eventual aplicabilidade de outros tipos legais (caso eles existam).

Se não se der relevo, ainda que implícito, no âmbito normativo do crime de propagação de doença, à “saúde pública”, há o risco (descontando as dificuldades específicas do tipo legal e da sua prova) de, p. ex., o “portador de doença contagiosa” quase ser alçapremado ou equiparado a “terrorista biológico”. Ora, há que entender que o tipo legal abrange plúrimas modalidades de propagação.

Do mesmo modo, a integração do crime de propagação de doença num mesmo normativo (artigo 283.º) em associação sistemática a duas outras incriminações, que têm em comum descrever atividades (médica ou farmacêutica) relacionadas com a “doença”, exigindo, do mesmo modo, um resultado típico (alteração/fornecimento) criador de perigo, também é equívoca¹⁹. No entanto, esta opção pode (assim, situando a questão no âmbito da Covid -19) basear-se no fundamento político-criminal de que toda e qualquer pessoa (incluindo o infetado por doença contagiosa) tem a obrigação de prevenir e ainda de não causar o contágio, devendo respeitar as normas ou comandos de saúde pública,

física. Mas não é, pelo menos em primeiro lugar, esta a área de proteção típica das atividades que cabem na incriminação do artigo 282.º (não nos parece, todavia, que haja concurso efetivo, uma vez que implicitamente nestes *tipos legais de perigo comum* está em causa a saúde pública). Ora, sucede que, para a indústria farmacêutica (ou de carácter semelhante), não se encontra previsto um tipo legal que incrimine a “corrupção” de bens farmacêuticos/medicinais “não mastigáveis ou bebíveis” (como tipicamente se prevê do artigo 282.º, p. ex.). Ou seja, o objeto de ação do crime não abrange muitos produtos médicos ou farmacêuticos (sobre o tema, mais em geral, cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014 p. 569 ss.). Por isso, não estando abrangida por esta tipicidade nem por outra que cumpra “função semelhante”, só quando eventualmente a “corrupção” de tais substâncias provoque doença contagiosa é que se enunciaria um problema criminal (mas a resolver no respeito dos pressupostos muito estritos do tipo legal de crime de propagação de doença). Através do crime de poluição também se poderia causar propagação de doenças contagiosas. Também aqui se tem de ver a área de proteção típica das incriminações.

¹⁹ Sendo que os dois últimos tipos legais, alteração de resultados e alteração de receituário, são crimes de violação de *leges artis*. Assim, no crime de alteração de resultados encontram-se descritas atividades semelhantes às descritas no artigo 150.º, n.ºs 1 e 2 do CP (sendo o círculo de agentes o mesmo e as operações médicas semelhantes: p. ex., diagnóstico, etc.). A alteração de resultados de análise ou de diagnóstico dá-se quando, no processo de elaboração do registo ou de outra operação médica, se verificam deficiências ou erros que “alteram o resultado”. Já o crime de alteração de receituário consegue alçar o farmacêutico à mesma responsabilização penal de um “gigante da indústria farmacêutica” (sendo porventura até mais responsabilizado, face à lacuna de punibilidade já assinalada); também aqui está em causa o respeito pelas regras profissionais no fornecimento de substâncias medicinais. Temos, em qualquer caso, dificuldade em compreender as molduras legais aplicáveis a estes tipos de crime (logo, por confronto com as molduras da versão originária do Código Penal), que, cremos, são algo desproporcionadas.

pelo menos aqueles necessários para não pôr em grave risco a saúde ou a vida de outros, através da transmissão de doença contagiosa.

Observe-se, todavia, que esta incriminação se mantém ainda hoje integrada no âmbito dos crimes de perigo comum — pelo que se distingue de outros crimes de perigo concreto-individual²⁰ (não comum). Assim, é nosso entendimento que o crime de propagação de doença contagiosa é um crime de perigo concreto, relativamente a vítima que concretiza o perigo comunitário (*rectius*, de saúde pública — valor que participa, assim, no “objeto de agressão”^{21/22}), decorrente da causação ou da transmissão de uma doença contagiosa que, de um ponto de vista probabilístico, a pode colocar em perigo de vida ou de grave lesão da saúde; assim, a saúde pública concentra-se naquele concreto portador (a vítima infetada/contagiada), que representa o perigo comunitário para a vida ou de grave lesão da integridade física. Nesse sentido, a “identidade” da vítima perde relevo (qualquer pessoa, com aquela doença, sofreria o mesmo dano ou seria objeto do mesmo perigo), pelo que a possibilidade de reiterar o juízo nas mesmas circunstâncias, em relação a qualquer outra “pessoa”, deverá ser considerado pressuposto implícito.

Deste modo, o crime de propagação de doença contagiosa, sendo crime de perigo concreto (para uma pessoa), tem por pressuposto (necessário, mas não suficiente) a causação de uma doença contagiosa, em violação de normas ou regras de conduta que estão associadas à segurança da saúde pública (a conduta ou omissão há de corresponder, pelo menos, a violação de norma ou regra de conduta da saúde ou de ordem de autoridade de saúde pública): em suma, terá sempre como fundamento uma “desobediência” a orientações de saúde pública.

II.3. O tipo legal objetivo do crime de propagação de doença

Pressupõe o tipo legal de crime, na matéria que ora nos interessa, que o agente propague doença contagiosa e crie deste modo um perigo para vida ou *grave perigo* para a integridade física de outra pessoa. Estamos, repita-se, perante um crime de perigo concreto, isto é, de criação de perigo para uma

²⁰ P. ex., o crime de ofensa à integridade física qualificada, por criação de perigo para a vida; ou, do mesmo modo, o tipo legal do artigo 152.º-B do Código Penal. Repetimos, porém, que há doenças contagiosas que, pela forma de contágio, necessariamente se subsumem a um tipo legal de resultado ou de dano (ofensa à integridade física ou homicídio) e não a este tipo legal de crime. Assim como há “contextos de contágio” que se excluem do domínio do perigo.

²¹ Cf. MARIA FERNANDA PALMA, que, referindo as normas da saúde pública, fundamenta a tipicidade num poder social real de transmitir uma doença (cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Propagação de doença”, in <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/10/propagacao-de-doenca-contagiosa-por-maria-fernanda-palma> *apud*: NUNO IGREJA MATOS, “Breves Notas sobre o crime e (a propagação de) doença em tempos de pandemia”, *Anatomia do Crime*, nº 11, 2020, p. 157/158).

²² Sobre a vítima-representante da comunidade, cf. *Comentário Conimbricense...*, artigo 283.º, § 2; também SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Entre a desobediência e a propagação de doença ...”, p. 199/200. Neste sentido, pressuposto do crime é sempre a colocação em perigo de pessoa(s) indeterminada(s).

determinada pessoa, decorrente da alta probabilidade da produção de um dano (que surge concretizado numa agravação pelo resultado — artigo 285.º: isto é, o dano “morte” e o dano “ofensa à integridade física grave”); assim, a agravação pelo resultado não deixa de constituir um elemento interpretativo adjuvante, na determinação da relevância do perigo decorrente da doença. Ou seja, a doença tem de ser objetivamente adequada a produzir a morte ou uma lesão à integridade física. Tem de ser uma doença de tal gravidade que só “por acaso” não se verificaria a morte ou grave lesão à integridade física²³.

O agente tem de *propagar doença contagiosa*. *Propagar* significa aumentar numericamente, disseminar uma doença através do contágio; observe-se que propagar abrange tanto o resultado imediato como “o resultado mediato-sequencial”: o “efeito de cadeia”; propagar não é, pois, apenas difundir uma doença (isto é, praticar uma ação que cause doença a muitas pessoas), mas sim, uma doença “contagiosa”. O acento na palavra “*contagiosa*” quer definir uma determinada “qualidade da doença” (ou seja, a sua transmissibilidade, direta ou indireta, de pessoa para pessoa). A gravidade do ilícito reside no problema de saúde pública “doença contagiosa” (suscetível de ser transmitida entre humanos).

Além disso, é preciso que, “deste modo”, se crie um perigo para a vida e um grave perigo para a integridade física (para a saúde). O “deste modo” supõe que haja um evento/resultado que crie o perigo²⁴. Ora, o que o tipo legal diz é que se tem de propagar; tendo em conta a definição apresentada, o evento será o *contágio-infeção*, que poderá tornar-se doença (ou seja, há contágio/infeção, no momento em que o agente patogénico é recebido, com o conseqüente desenvolvimento ou multiplicação no organismo humano).

Neste sentido, é com o contágio-infeção que se terá de criar “*perigo grave para a integridade física*”. Solução normativa que, nestes termos, não parece fazer grande sentido ao delimitar-se o perigo à (mera) integridade física. Com efeito, o perigo grave para a integridade física significaria, literalmente, criar o perigo do desenvolvimento expetável de um processo infeccioso — a doença, ou seja, a ofensa da integridade física. Justifica-se, assim, analisar um pouco melhor a história do tipo legal de crime, na medida em que, porventura, a revisão de 1995 talvez não tenha procedido, neste ponto, a uma reforma totalmente esclarecedora. Observe-se que, na versão original do Código Penal, o perigo referia-se a uma *lesão grave* da integridade física (embora, tal como se referiu,

²³ Aproveitando afirmações da jurisprudência germânica sobre a noção de “perigo concreto”, cf. THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch*, CH. Beck, München, 2016, § 315 c, nm 15a (comprovação fundada em factos de uma probabilidade evidente de um evento danoso; ou quando, numa avaliação *ex ante*, a produção do dano substancial tenha logrado uma proximidade tão ameaçadora que o seu impedimento representaria um acaso). Afirmações que, naturalmente, têm de ser adaptadas à especificidade do tipo legal de propagação de doença contagiosa, tendo em conta a sua especial estrutura e natureza (que não corresponde à estrutura do concreto tipo legal do StGB).

²⁴ *Corrigimos, também aqui, as nossas afirmações* (comentário ao artigo 283.º, § 9 d); por um lado, tem sempre de haver contágio-doença (decorre implicitamente da noção de propagar); por outro, a conduta (que causa o perigo) pressupõe um resultado/evento (a infeção).

para um número indeterminado de pessoas). De resto, pode figurar-se uma doença contagiosa que se manifeste como tal imediatamente (em que contágio e surgimento de sintomas de doença se confundem temporalmente); nem por isso deixa neste caso de haver crime de propagação de doença contagiosa, desde que haja a criação de um perigo (para a vida ou saúde), mas que não se refira à “mera” integridade física.

A revisão de 1995 do Código Penal modificou o tipo legal, remetendo o qualificativo “grave”, não para a lesão, mas para o próprio perigo. “Estranha-se” esta modificação, quando a própria agravação pelo resultado (artigo 285.º) pressupõe a concretização do perigo numa grave lesão da integridade física. A expressão “perigo grave”, de resto, apenas se encontra positivada em três normas, no âmbito do Código Penal: a) no caso do artigo 156.º, n.º 2, a) (consentimento) e nos artigos 283.º e 284.º (recusa de médico). Compreende-se o sentido deste elemento normativo no contexto do artigo 156.º, n.º 2, a), entendendo o perigo grave como o perigo de dano iminente; ou seja, o adiamento da intervenção (à espera do consentimento do paciente) poder implicar a produção do dano, que se pretenderia prevenir com a intervenção terapêutica; no caso dos crimes de perigo acabados de referir, a formulação “perigo grave” não se figura portadora do mesmo sentido. Por isso mesmo, e para o artigo 284.º — até por referência às fontes históricas —, já hoje, p. ex., TAIPA DE CARVALHO defende que está em causa uma lesão grave da integridade física (ou, na doença, uma ofensa grave à saúde — isto é, exigindo-se o preenchimento do artigo 144.º do CP²⁵). Como referimos, na sua versão originária, o crime de propagação de doença contagiosa tinha como pressuposto a criação de perigo para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de um número indeterminado de pessoas. Ora, as alterações introduzidas em 1995 sugeririam uma modificação do “objeto da gravidade”; tal justifica-se, porém, com a própria redação conjugada constante da versão originária do Código²⁶; assim, em vez de perigo de grave lesão, passou a prever-se o grave perigo de lesão. Cremos, no entanto, que se depreende facilmente que a propagação de doença contagiosa pressupõe perigo de *lesão*

²⁵ Cf., assim, TAIPA DE CARVALHO, “Recusa de médico — comentário actualizado ao artigo 284.º do Código penal, *Revista do Ministério Público*, nº 153, 2018, p. 31. De facto, foi intenção do legislador limitar o tipo legal aos casos mais graves (cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão* — Ministério da Justiça, Lisboa, 1993, p. 361; analisando com pormenor esta questão cf. HELENA MONIZ, *Agravação pelo resultado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 511 (nota 20); também o salienta SUSANA AIRES DE SOUSA, “Sobre a proteção penal da saúde pública...”, p. 155); por isso, não seria aceitável chegar a um resultado interpretativo, pelo qual neste tipo legal se integraria um qualquer resfriado ou uma gripe, desde que fossem doenças contagiosas.

²⁶ Isto é, na medida em que, na versão originária do Código, a redação do tipo legal nem sempre era uniforme. Assim, p. ex., no crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais (antigo artigo 273.º), referia-se, por um lado, a *grave lesão* da integridade física, e, por outro, autonomizava-se a conduta em que o *perigo* (para a saúde ou integridade física) *fosse de pequena gravidade*. Todavia, perigo grave ou de pouca gravidade são expressões que querem qualificar, não o perigo, mas, julgamos nós, o dano. A pequena gravidade do perigo significa “dano pouco grave”.

grave da integridade física e, por isso, pode verificar-se o dano (verificar-se imediatamente a doença, no âmbito da conduta/efeito potenciadora do perigo) da integridade física, mas não é exigido que se verifique o “dano substancial” à integridade física (que só releva como mediatização da criação de perigo até à precipitação no dano-resultado agravante). Conclusão que, observe-se, podendo ser ou não consensual, pressupõe a resposta à questão de saber se o elemento “grave lesão à integridade física” corresponde ao conteúdo típico da “ofensa grave à integridade física” do artigo 144.º do CP, ou se constitui uma noção específica, própria dos crimes de perigo, ou se se extrai de outra área científica. Também aqui a opção não deixa de ter os seus efeitos hermenêuticos; interpretando-se a grave lesão à integridade física de acordo com os critérios contidos no artigo 144.º do CP, como julgamos o senso comum defenderá, então o âmbito de relevância de aplicação do tipo legal de crime será mais reduzido e sobretudo sujeito a algum (apurado) labor de interpretação (“particularmente dolorosa”, p. ex.; assim consta do artigo 144.º²⁷). Observe-se que tem de estar em causa um perigo que se precipitaria, em regra, num dano. Poderia, alternativamente, dizer-se que a grave lesão tem de ser interpretada no contexto e na sistematização do tipo legal de crime ou, então, em ligação com “critérios da saúde pública”; mas reconhece-se que não se encontra qualquer auxílio heurístico que favoreça as últimas interpretações.

Relembre-se, por fim, que a solução do Código Penal, no sentido de prever uma agravação em função de resultado, traduz a concretização — dir-se-ia, quase imediata — do dano inerente ao perigo²⁸. Assim, a função de “objetivização” que esta agravação pelo resultado opera na interpretação do tipo legal leva a que se possa dizer que, nele, se pune um dano que é uma consequência típica da perigosidade específica da doença que a vítima contraiu; o dano que qualquer pessoa sofreria, caso lhe fosse provocada tal doença. Mas nunca o dano ou perigo que acontece “por acaso”, ou que não respeite a regra de alta probabilidade. O que suporá, em regra, a produção de sintomas (logo, a doença), que demonstrem ou façam prognosticar a evolução da perigosidade da doença (face ao dano último²⁹).

Embora o tipo legal de crime e a agravação do resultado refiram dois perigos e dois danos distintos (vida e integridade física substancial), observe-se que

²⁷ Relembremos a versão originária do Código Penal, que exigia o perigo de lesão grave da integridade física para um número indeterminado de vítimas: apliquem-se, então, as circunstâncias do artigo 144.º do CP a essa multiplicidade de vítimas... Do mesmo modo, quanto à pequena gravidade do perigo (ou seja, do dano) que constava em outros tipos legais de crime na versão originária do CP: que significava “pequena gravidade”, segundo os critérios do CP: o conteúdo do artigo 148.º, n.º 2?

²⁸ Solução que também ela não deixa de ser algo incomum (em relação à versão originária, mas também no direito comparado): uma agravação, em função da produção de um resultado, comum a todos os tipos legais de perigo (concreto) e comum a todas as modalidades de criação de perigo (doloso ou negligente).

²⁹ Sobre a verificação dos pressupostos ou dos passos para que se preencha a incriminação (contágio, doença), cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Entre a desobediência e a propagação de doença ...”, p. 200.

não se procede a uma distinção, em termos típicos ou punitivos, relativamente à sua efetiva lesão³⁰; a moldura legal é sempre a mesma. O que importa é que a doença seja suscetível de causar objetivamente um dos danos (o que bem formulado, quererá dizer: *pelo menos uma lesão grave da integridade física — “quase a morte”*).

Refira-se, porém, que a propagação — isto é, o aumento por contágio, o aumento da cadeia de transmissão — tem de pressupor a violação de um dever ou de um comando destinado a impedir o contágio (uma regra de saúde pública). Com efeito, a propagação tem de lesar uma orientação de saúde pública que fundamenta o juízo de causação ilícita do perigo, ou seja, a causação daquela doença. Uma doença de declaração obrigatória não significa necessariamente uma doença perigosa ou muito perigosa de um ponto de vista individual; além disso, o modo de contágio pode ser muito diferente, pelo que o tipo de imputação jurídico-penal pode e deve seguir critérios diferenciados. Distinguir estas hipóteses não é tarefa que caiba ao Direito Penal; antes, a outras áreas científicas, associadas ao contágio, que sirvam de auxiliar ao Direito Penal.

III. E A COVID-19?

III.1. *Prima facie*, a Covid-19 seria uma doença contagiosa “fotografia” para o crime de propagação de doença. O modo difuso de propagação, a propagação em espaços públicos (p. ex., o infetado Sars-CoV-2 que frequenta espaços fechados ou frequentados por muita gente), a facilidade de contágio pelo mero contacto ocasional (p. ex., a ausência de cumprimento de regras de higiene que deixa superfícies ou objetos contaminados que podem infetar os outros; o incumprimento da regra de distanciamento social, em determinados contextos), tal diversidade de fontes de contágio seria, no conjunto, circunstância que tornaria particularmente “apelativa” a remissão para este tipo legal. Porém, e quanto a isto há consenso³¹, a prova da causalidade (a demonstração probatória) da conduta de risco para a causação da infeção é difícil e quase impossível. Ainda que seja possível identificar um “presumível suspeito”.

A transmissão do Sars-CoV-2 dá-se, em regra, por transmissão muito idêntica à de outras doenças mais comuns ou do dia-a-dia (e cujo contágio não é

³⁰ Ao contrário do que sucede no crime de perigo concreto “individualizado” — cf., assim, os artigos 138.º, 152.º-A e 152.º-B do CP; ou ainda, na ofensa à integridade física, agravada pelo resultado (artigo 147.º). Neste sentido, o determinante, no artigo 283.º, é o modo como se causa o perigo (dolosa ou negligentemente). Acompanhamos, assim, a posição de AUGUSTO SILVA DIAS, “Entre ‘comes e bebes’: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *Direito Penal Económico Europeu, Textos Doutrinários*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 498 ss.

³¹ Sobre estas questões, cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Entre a desobediência e a propagação de doença...”, p. 201, sobre a *probatio diabólica* (como provar que não foi a vítima que se contaminou, p. ex.). Cf., também, NUNO IGREJA MATOS, “Breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença...”, p. 158-161.

perseguido criminalmente, por impossibilidade fáctica, mas também por estarem em causa doenças consideradas “socialmente suportáveis”, desde que não se afete bens jurídicos “indisponíveis”). Acresce, como dificuldades mais específicas, a frequência de portadores assintomáticos (que podem interromper cadeias de transmissão e/ou podem transmitir sem qualquer violação do dever de cuidado) e também o período de incubação da doença. É verdade, saliente-se, que a Covid-19 não pode ser valorada como doença “socialmente aceitável”, pois tornou-se necessário decretar medidas de controlo e de prevenção, que, em última instância, podem afetar a liberdade pessoal. Mas, como já se referiu, nem todas as medidas limitativas se destinam a prevenir perigos concretos ou individualizados; apenas a utilização da máscara de proteção, as regras de higiene e de distanciamento social parecem ser as que relevam para o efeito (mas estas medidas foram sobretudo aplicadas já em fase de grande disseminação).

Mesmo que o “infetado pelo Sars-CoV-2 ou o doente Covid-19” desrespeite a imposição de confinamento obrigatório (seja qual for o conteúdo exato da inerente desobediência), não é por isso que será logo responsabilizado por este crime; basta que tome as providências necessárias, ou eventualmente se abstenha de se aproximar de outras pessoas, para assim se excluir o contágio. E mesmo que assim não se proceda ... será difícil estabelecer a prova de “exclusividade” do contágio (a “presumível vítima” pode já estar infetada, por sua responsabilidade ou de outra pessoa...); até porque não é seguro que haja manifestação de doença...

III.2. Mas as dificuldades de prova são apenas um dos óbices. A “objetivação do perigo”, exigência decorrente da natureza de um crime de perigo comum, impõe a necessidade de se realizar um juízo *ex ante* sobre a grande probabilidade de o dano se vir a produzir — ou seja, uma demonstração comprovada da perigosidade, própria da doença transmitida. Embora sujeita à regra *rebus sic stantibus* (juízo revisível em função da evolução da própria pandemia), faríamos a afirmação de que a Covid-19 não é reveladora de tal probabilidade segura de perigo para a vida ou integridade física grave. De facto, nos decretos regulamentares, a propósito, p. ex., do confinamento obrigatório, encontramos sempre a formulação “*Doentes Covid-19 e infetados com Sars-CoV-2*”; ou seja, há pessoas que estão infetadas ou que estão doentes, mas não gravemente doentes, e, parece-nos, em número suficiente para serem objeto de normas de “controlo”; tal parece-nos elidir uma presunção segura de gravidade da doença, ou pelo menos da alta probabilidade de se verificarem os danos³².

III.3. No fundo, devemos ter sempre presente que, quando o legislador tipifica criminalmente determinadas condutas, o faz com base em “experiências

³² Assim, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Nota sobre o crime de propagação de doença...”, referindo que a Covid-19 não se enquadra no juízo probabilístico exigido para a presunção de perigosidade inerente à incriminação.

passadas”. De facto, os crimes, mesmo na forma de tipos legais qualificados ou privilegiados, pressupõem também “experiências anteriores”, que levam o legislador a considerar como mais ou menos graves certas hipóteses, que se desviam da “situação típica normal” (o tipo legal fundamental). No homicídio qualificado, as circunstâncias que demonstram a especial censurabilidade ou perigosidade do agente foram tipificadas em razão de experiências preexistentes; do mesmo modo, se bem que com outra técnica legislativa, no homicídio privilegiado o legislador também elegeu certos sentimentos ou atitudes como relevantes, em face de experiências “passadas”.

Ora, a pergunta que se impõe é: em que tipologia de contágio ou de doença contagiosa, ou de vírus, se fundamentou o legislador para descrever a incriminação em causa (e sobretudo para a conformar da forma como o fez)? Eventualmente “doenças-perigos”, hoje dominadas, quiçá menos relevantes (mas sempre à espreita), de fonte transmissora facilmente reconhecível. Porventura, doenças imediatas ou sequenciais ao contágio/infeção (se quisermos, em que o resultado da propagação era, logo já, a doença, os seus sintomas; não a infeção sem quaisquer sintomas), circunstância que consolidava o prognóstico do desenlace e, por isso, o perigo. Não cremos, assim, que a Covid-19 seja doença contagiosa que caiba no “arquétipo” de doença contagiosa que serviu de base à elaboração do tipo legal. Por isso, a “anormalidade da Covid-19”, perspetivada pelo tipo legal de crime, é a razão para escapar às “malhas da lei”, porque estas (no caso, o artigo 283.º) não foram feitas para doença ou vírus deste tipo.

Observe-se que, mesmo o regime do estado de emergência ou do estado de sítio, constitucional e legalmente consagrados, têm um conteúdo determinado em função de determinadas experiências históricas. Perante novas formas de emergência ou perante o surgimento de graves riscos, até agora desconhecidos para o Estado de Direito, são também instituições que demonstram alguma fragilidade e alguma dificuldade para dar “resposta”.

IV. O “EQUÍVOCO” DO CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA

O originário Código Penal concebeu o crime de propagação de doença contagiosa como *crime contra a saúde pública* e, assim, como crime de perigo para “vidas ou ofensas à integridade física graves” coletivas ou indeterminadas (a epidemia é exatamente isso).

Em 1995, verifica-se a revisão do tipo legal de crime, cuja redação-base inicial se mantém idêntica (quem propagar doença contagiosa); “apenas” se individualiza o perigo (concreto) decorrente da propagação.

Simplemente, pela natureza da doença — a gravidade inerente — e, logo, pela natureza do perigo prognosticado, parece ser de exigir que, para haver crime, se manifestem os “sintomas de doença”; assim, o crime de propagação de doença constituiria, *necessariamente*, um crime de ofensas à integridade física

(enquanto lesão da saúde³³), doloso ou negligente; tipo legal que, no entanto, será ou poderá ser agravado pela natureza do perigo (ou do dano), que é inerente ao contágio da doença.

É hoje defendido, na RFA, que contagiar/infetar outra pessoa com um vírus de doença contagiosa, mesmo que não se venham a manifestar sintomas (*rectius*, a própria doença), constitui já crime de ofensa à integridade física (na modalidade de lesão da saúde)³⁴. Caso esta opinião fosse também maioritária em Portugal, então a infeção por doença contagiosa grave tanto poderia ser considerada crime de propagação de doença contagiosa (perigo grave para a integridade física ou para a vida) como, *identicamente*, crime de ofensas corporais, dolosas ou negligentes, agravado pela criação de perigo para a vida ou integridade física grave; mas perigo fundado em razões de segurança de saúde pública (e não na “especificidade da vítima” ou nos especiais conhecimentos do agente). Com efeito, o contágio — o resultado da propagação — é doloso ou negligente (segundo o “direito penal clássico”); o perigo “comum” é aquele que resulta do contágio-evento (deste modo). É esta a estrutura dos crimes do artigo 283.º.

Por isso, as dificuldades de prova não advêm do crime de propagação de doença contagiosa, mas da natureza e do contexto em que se verifica a lesão da saúde (pela dificuldade de prova inerente a toda a ofensa à saúde³⁵, que decorra de um contágio). Com efeito, a questão reside assim em saber se, num caso concreto, se consegue provar a existência de uma ofensa à saúde e o respetivo agente; se o perigo daí decorrente é “comum” ou “individualizado”, depende de outros fatores a ponderar, mas pressupõe a prévia afirmação do tipo legal fundamental.

No fundo, o atual crime de propagação de doença contagiosa é “apenas” um crime de ofensa à saúde individual (ofensa à integridade física), “eventualmente” agravado “pelo perigo comum para a vida ou a integridade física grave” (agravação que, entendemos, não se verifica no caso da Covid-19, pelas razões já apresentadas).

³³ Sobre a noção de “ofensa à saúde”, cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, artigo 143.º, § 17 ss.

³⁴ Cf. THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 223, nm 14, quando afirma que jurisprudência e doutrina dominante aceitam que, em doença contagiosa que não seja irrelevante, a transmissão do agente patogénico é já, independentemente da irrupção da doença, uma ofensa à saúde consumada. Referindo esta questão também, cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Entre a desobediência e a propagação de doença...”, p. 212 e nota 31.

A circunstância de o *infetado por Sars-CoV-2* ser objeto da medida de confinamento obrigatório (em paridade de tratamento *com o doente Covid -19*) traduz também a ideia de ser ele um problema de saúde pública. Sendo um problema de saúde (para os outros), é pressuposto que a infeção o afete também na sua própria saúde ...

³⁵ Neste sentido, cf., NUNO IGREJA MATOS, “Breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença...”, p. 156-7.