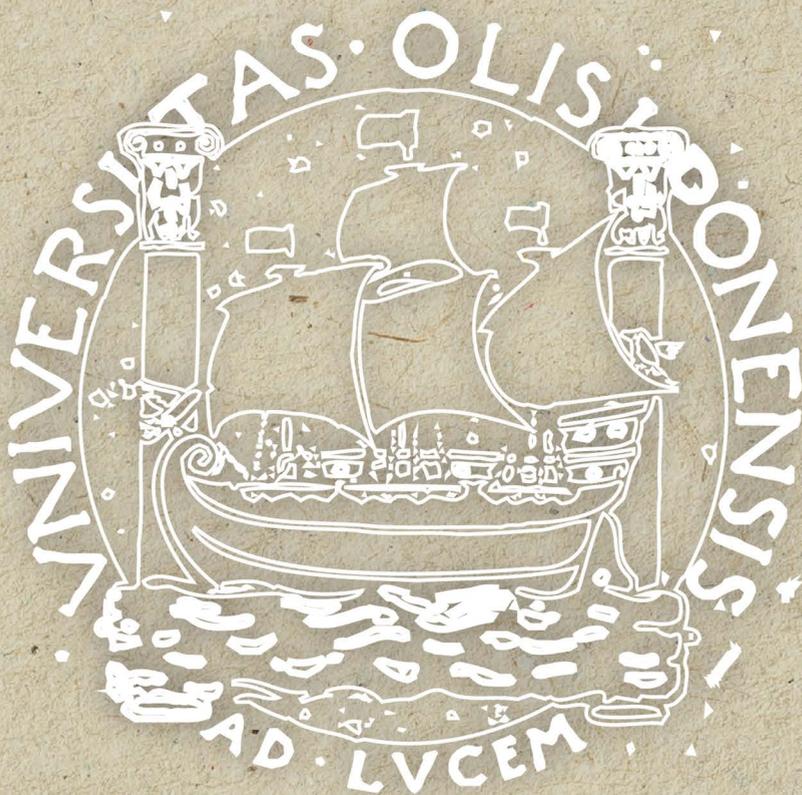


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- Elsa Dias Oliveira**
209-230 Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- Fernando Loureiro Bastos**
231-258 A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- Filipa Lira de Almeida**
259-281 Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
283-304 Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- Hugo Ramos Alves**
305-339 Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- Isabel Graes**
341-374 Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- Jean-Louis Halpérin**
375-404 La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- João de Oliveira Galdes**
405-489 Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- Jones Figueirêdo Alves**
491-515 Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- Jorge Cesa Ferreira da Silva**
517-552 A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
553-564 Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Miriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021

Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

Pedro Caridade de Freitas*

Resumo: O presente comentário analisa a decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), de 8 de Abril de 2021, através do qual o tribunal considerou que a vacinação obrigatória, enquanto intervenção médica involuntária, constitui uma interferência no direito ao respeito à vida privada, prevista no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No entanto, e uma vez a interferência ter decorrido de previsão legal, e ter como fim último e legítimo proteger a vida e a saúde das crianças, considerou que a interferência era “necessária em uma sociedade democrática”, e as sanções aplicadas pela República Checa eram proporcionais. Analisamos ainda no presente comentário as consequências das reacções adversas e, em especial, a responsabilidade civil do produtor.

Abstract: The present commentary analyzes the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – case *Vavříčka and Others v. Czech Republic* (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021, whereby the court considered that mandatory vaccination, as an involuntary medical intervention, constitutes an interference with the right to respect for private life, provided for Article 8 of the European Convention on Human Rights. However, once the interference resulted from a legal provision, and had the ultimate and legitimate aim to protect the lives and health of children, the court considered that interference was “necessary in a democratic society”, and the sanctions applied by the Republic Czech were proportionate. We also analyzed the consequences of adverse reactions and, in particular, producer liability.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS.

Palavras-Chave: Vacinação, Vida Privada, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Direito à Educação, Responsabilidade Civil do Produtor. **Keywords:** Vaccination, Private Life, European Convention on Human Rights, Right to Education, Producer Liability.

Sumário: 1. O caso *Vavříčka e Outros versus República Checa*. 2. A vacinação e a recusa de vacinação. 3. As convenções internacionais em matéria de saúde e protecção da criança. 4. O consentimento informado e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina. 5. O direito ao respeito da vida privada. 6. A recusa de inscrição no ensino pré-escolar e o direito à educação. 7. A responsabilidade civil do produtor. Conclusão.

1. O caso *Vavříčka e Outros versus República Checa*

Em 8 de Abril de 2021 a Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem prolapou um acórdão no âmbito do Proc. 47621/13 e 5 outros processos, caso *Vavříčka e Outros versus República Checa*.

O processo tem origem em 6 pedidos (n.ºs 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 et 43883/15) dirigidos contra a República Checa por M. Pavel Vavříčka, Mme Markéta Novotná, M. Pavel Hornych, M. Radomír Dubský, M. Adam Brožík et M. Prokop Roleček. As diversas acções foram interpostas no Tribunal entre 23 de Julho de 2013 e 31 Agosto de 2015, ao abrigo do artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em 17 de Dezembro de 2019, a Primeira Secção do Tribunal renunciou à jurisdição em favor do Tribunal Pleno. As partes não se opuseram e foi aprovada a composição do Tribunal Pleno.

A questão trazida a tribunal prende-se com o direito de recusa dos pais em vacinarem os seus filhos com as vacinas aprovadas nos planos gerais de vacinação de cada país, em especial nos países que consagram um sistema obrigatório de vacinação infantil, com o objectivo de criar uma imunidade de grupo e, em consequência, erradicar doenças.

A Lei de Protecção de Saúde Pública da República Checa determina que todos os residentes permanentes, bem como todos os estrangeiros titulares de autorização de residência de longa duração, devem submeter-se a vacinação gratuita, considerada como obrigatória e essencial pelas autoridades de saúde. Em relação às crianças menores de quinze anos compete aos representantes legais a responsabilidade de garantir o cumprimento da obrigação.

Nas diversas situações levadas a tribunal os Pais recusaram a administração da vacina aos filhos menores por convicções religiosas e filosóficas. O primeiro dos requerentes foi multado por recusar vacinar os dois filhos com as vacinas contra o tétano, a poliomielite e hepatite B e viu denegada a inscrição dos filhos no ensino pré-escolar. Os restantes autores, menores representados pelos Pais, foram proibidos de se inscrever no ensino pré-escolar por terem recusado a vacinação contra o sarampo, a papeira e a rubéola.

No decurso do processo perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apresentaram observações escritas diversas organizações não-governamentais e os seguintes Estados: França, Alemanha, Polónia e Eslováquia.

A decisão considerou que a vacinação obrigatória, enquanto intervenção médica involuntária, constitui uma interferência no direito ao respeito à vida privada, previsto no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). No entanto, e uma vez a interferência ter decorrido de previsão legal, e ter como fim último e legítimo proteger a vida e a saúde das crianças, erradicar doenças e criar um efeito de imunidade de grupo, o Tribunal considerou que a imposição da vacinação é “necessária em uma sociedade democrática”, pelo que as sanções aplicadas a quem recusa vacinar os filhos são proporcionais.

A decisão apresenta duas declarações de voto.

2. A vacinação e a recusa de vacinação

O presente caso centra-se na análise da obrigação de vacinação, não apenas como um meio de protecção da saúde individual, mas como uma forma de protecção da saúde pública.

O ser humano é gregário, não vive isolado, pelo que há uma obrigação de protecção da saúde do grupo por parte do Estado e dos cidadãos.

Todas as pessoas, em especial as crianças, têm direito à vacinação como meio de protecção da saúde e de promoção de um crescimento saudável. Se há um direito a ser vacinado há também uma obrigação em sê-lo, na medida em que as vacinas não protegem só a pessoa vacinada mas permitem uma protecção de todos através da imunidade de grupo, como decorre do próprio acórdão “*dans leur avis, elles observent notamment que la vaccination est indéniablement l'une des mesures préventives de santé publique les plus efficaces et que, depuis l'instauration de l'obligation vaccinale, la fréquence et le nombre des décès causés par des maladies évitables par la vaccination ont chuté de manière radicale.*”¹.

¹ Vide Decisão Vavříčka et Autres c. République Tchèque (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), p. 40.

A vacinação constitui assim um meio eficaz e comprovado de protecção da saúde pública, permitindo a redução e mesmo erradicação de diversas doenças ao longo do último século².

A recusa de vacinação e os movimentos anti vacinas estão em crescimento nos últimos anos, desde que um estudo do médico A. Wakefield, de 1988³, associou a toma de vacinas por crianças a problemas de autismo e a outras doenças que as crianças possam vir a contrair.

Com base neste estudo os movimentos anti vacinas aumentaram e muitos pais recusam vacinar os seus filhos, não obstante os sistemas de saúde nacionais promoverem a vacinação infantil, demonstrando a sua segurança e eficácia no combate a diversas doenças, como a poliomielite, a tosse convulsa, a difteria, o tétano, entre outras.

Devem-se às vacinas a erradicação de doenças de infância e à recusa de vacinação o retorno de algumas dessas doenças, como o sarampo, que voltam a preocupar os médicos e os sistemas de saúde um pouco por todo o mundo⁴.

Não obstante alguns movimentos de recusa de vacinação, o desejado efeito de imunidade de grupo não tem sido posto, por ora, em causa.

A existência de sistemas de vacinação obrigatórios ou voluntários é uma opção do Estado. Nos sistemas voluntários, como o português, o Estado deve criar as condições de informação e formação para demonstrar a importância da vacinação no combate às doenças e na erradicação das mesmas; nos sistemas obrigatórios, a vacinação é imposta a todos cidadãos e podem ser aplicadas sanções a quem recusar a administração das vacinas.

Nunca como hoje o tema é tão premente em razão da pandemia pelo coronavírus, responsável pela doença do Covid-19, e da necessidade em vacinar a população para se atingir a tão desejada imunidade de grupo.

Os negadores das vantagens das vacinas, que se recusam a tomá-las, contam, no entanto, sub-repticiamente, com aqueles que as tomam para beneficiarem da imunidade de grupo. A solidariedade e o respeito pelo próximo estão, necessariamente, comprometidos.

A imunidade de grupo obtida através da vacina promove a redução da transmissão do vírus pessoa a pessoa, permitindo, desta forma, a protecção de todas as pessoas, mesmo daquelas que, por motivos de saúde, não podem ser vacinados.

² Vide a título de exemplo a erradicação da varíola em <https://www.dgs.pt/em-destaque/40-anos-da-erradicacao-da-variola.aspx> [consultado em 26 de Maio de 2021].

³ Vide artigo da revista Nature em <https://www.nature.com/articles/d41586-020-02989-9> [consultado em 26 de Maio de 2021].

⁴ Vide <https://news.un.org/pt/story/2020/11/1732702> [consultado em 26 de Maio de 2021].

3. As convenções internacionais em matéria de saúde e protecção da criança

a. A Declaração Universal dos Direitos do Homem

No século XX, e após os horrores da II Guerra Mundial, em que os direitos humanos, encabeçados pelo direito à vida, foram negados, violados e desrespeitados, os Estados reunidos na Organização das Nações Unidas aprovaram, em 10 de Dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), proposta pela Comissão de Direitos Humanos criada em 1946. Este documento, que contém normas referentes aos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, constitui a pedra angular no reconhecimento, promoção, defesa e respeito dos Direitos do Homem.

A DUDH corresponde a um ponto de chegada de muitas lutas cívicas, de debates culturais, de tradições políticas, culturais e religiosas. O resultado destes debates encontra-se não apenas na Declaração, mas também nos pactos complementares à Declaração.

Os direitos que integram a DUDH constituem a tradição jurídica e política dos nossos Estados e enformam as liberdades cívicas. Com a DUDH dá-se a internacionalização dos direitos humanos, no sentido de que saem da esfera de protecção do Estado e passam para protecção da comunidade internacional, e a sua universalização, uma vez os direitos humanos serem comuns a todos os seres humanos e protegidos em todas as partes do Globo, deixando de depender de momentos históricos, situação geográfica ou ideologia política⁵.

Não obstante a DUDH estar desprovida de força jurídica como acto deliberativo, marcou de forma inegável a viragem na protecção dos Direitos do Homem⁶. Ana Maria Guerra Martins entende que a DUDH adquire um carácter vinculativo, “por força da sua aplicação pelos diversos actores internacionais, sendo hoje considerada, pela maioria da doutrina, como Direito Internacional Consuetudinário geral”⁷, o mesmo é dizer que a DUDH é aplicada enquanto costume da comunidade internacional⁸.

⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público. Introdução, Fontes, Relevância, Sujeitos, Domínios, Garantia*, 3.ª edição, actualizada e ampliada, Coimbra, Almedina, 2008, p. 612.

⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, ob. cit., p. 611.

⁷ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 5.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, p. 111.

⁸ Eduardo Correia Baptista, por seu lado, entende que “a Declaração visa concretizar as disposições da Carta das Nações Unidas que vinculam o cumprimento dos direitos humanos, e que, portanto,

De entre os diversos direitos referenciados na DUDH refira-se o direito à saúde, previsto no artigo 25.º que determina:

“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social.”

Em 1966 foram aprovados dois Pactos – o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – aprovados pela resolução 2200 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966 – que concretiza alguns aspectos da DUDH. Os Pactos pretendem conferir força jurídica vinculativa aos direitos humanos, o que não acontecia, como referido, com a DUDH.

Apesar de aprovados em 1966, os Pactos entram em vigor em 3 de Janeiro de 1976 (Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais) e em 23 de Março de 1976 (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos).

Entre a DUDH e os Pactos há diferenças significativas e que caracterizam uma modificação estrutural e de pensamento da comunidade internacional. De facto, e como referimos, se a DUDH se dirige aos indivíduos *qua tale*, os Pactos por influência dos países de Leste dirigem-se aos Estados⁹.

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos consagra os direitos cívicos e políticos, também denominados de 1.ª Geração, que pretendem preservar as liberdades públicas e os direitos políticos. Prevêem-se também, no artigo 7º, direitos relativos à saúde, nos seguintes termos: “é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”

O Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais regula os direitos económicos, sociais e culturais, também denominados de 2.ª geração. No artigo 12.º prevê-se:

será obrigatória como mera concretização interpretativa das obrigações impostas por esta em relação aos Estados membros.” Cfr. Eduardo Correia Baptista, *Direito Internacional Público*, volume II. Sujeitos e Responsabilidade, Coimbra, Almedina, 2004, p.352. Nas pp. 388 e seguintes considera também como Direito Internacional costumeiro.

⁹ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit., p. 102.

“1 – Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

2 – As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;

b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;

d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.”

O Pacto centra a sua preocupação na diminuição da mortalidade infantil e no desenvolvimento da saúde, que tem sido obtido, entre outras medidas, através do sistema de vacinação.

b. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, e com entrada em vigor desde 3 de Setembro de 1953, não apresenta um tratamento específico para a área da saúde.

No n.º 2 do artigo 8.º e no n.º 12 do artigo 10.º prevê-se a protecção da saúde e nos n.º 2 do artigo 9.º e n.º 2 do artigo 11.º regulam-se a saúde pública, como “finalidade(s) que pode(m) legitimar a restrição das liberdades fundamentais”¹⁰.

É, no entanto, relevante para a análise da presente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como veremos, o artigo 8.º relativo ao “direito ao respeito pela vida privada e familiar”.

c. A Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adoptada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1989, e entrou em vigor em 2 de Setembro de 1990.

¹⁰ Cfr. Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 24.

O artigo 3.º da Convenção, em especial o n.º 2, prevê que os Estados assegurem a protecção da criança e do seu bem-estar, sem colocar em causa os direitos e deveres dos pais, tutores ou outros representantes legais.

“Artigo 3.º

1. Todas as acções relativas à criança sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

2. Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a protecção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes devem garantir que as instituições, as instalações e os serviços destinados aos cuidados ou à protecção da criança estejam em conformidade com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde da criança, ao número e à adequação das equipas e à existência de supervisão adequada.”

Os textos internacionais protegem o direito à saúde e o interesse primordial dos doentes, sejam adultos ou crianças, sem deixar de considerar, como se encontra previsto na CEDH, que questões de saúde pública possam limitar e restringir liberdades fundamentais. Mas, neste caso, entendemos que tem de haver uma fundamentação clara e precisa dos fins que se visam proteger, para que as limitações aprovadas sejam razoáveis e proporcionais.

4. O consentimento informado e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina

A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, assinado em 1997, denominada Convenção de Oviedo, tem um especial relevo para o presente estudo por tratar de forma específica, nos artigos 5.º e 6.º, o tema do consentimento.

O artigo 5.º consagra a regra geral:

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

O artigo 6.º apresenta as regras de supressão da incapacidade em prestar o consentimento:

“1 – Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo.

2 – Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

3 – Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

4 – O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos n.ºs 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5.º

5 – A autorização referida nos n.ºs 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.”

O direito ao tratamento e o consentimento¹¹ ou a sua recusa é um dos temas mais relevantes em sede de saúde e de direito à autodeterminação da pessoa.

Como decorre da Convenção de Oviedo o consentimento do menor é suprido pela autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei, e desde que a intervenção seja em benefício directo do menor. Este último requisito é essencial na análise da presente decisão.

Com efeito, a administração das vacinas constitui um acto em benefício das crianças, pelo que a ausência de consentimento por parte de quem exerce o poder paternal põe em causa um dos requisitos essenciais do consentimento – “o benefício

¹¹ Sobre o consentimento informado em saúde vide João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 e André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

directo” para o menor. O progenitor, ao não consentir na vacinação, não está a ter em consideração a saúde e o bem-estar do menor, como referido na Convenção sobre os Direitos da Criança.

No exercício do poder paternal compete aos pais, como refere o n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil português, “velar pela segurança e saúde” dos filhos. É um poder-dever que deve ser exercido em benefício dos filhos¹².

E não se refira a este propósito que o consentimento não é concedido por razões religiosas e filosóficas, porque estas são as invocadas pelos Pais e não necessariamente a dos filhos, em especial quando não têm capacidade de discernimento, pelo que não devem ser fundamento para recusa de consentimento em questões de saúde, em especial quando os actos médicos a praticar podem beneficiar directamente a saúde e o bem-estar dos menores. Concordamos, por isso, com a decisão do Tribunal de refutar os argumentos religiosos e filosóficos como justificação para a recusa de vacinação.

As situações de recusa de consentimento são as mais complexas em termos jurídicos, em especial em situações que exigem cirurgias ou transfusões sanguíneas e que, por motivos religiosos, não são consentidas por quem detém o poder paternal¹³.

Na doutrina portuguesa Jorge Miranda e Rui Medeiros admitem a possibilidade de se poder actuar contra a vontade do doente quando interesses jurídicos supra-individuais estiverem em causa¹⁴.

As situações suscitadas perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não apresentam essa gravidade, no entanto, pode ser ponderada se para defesa da saúde pública de todo o grupo não deve ser desrespeitada a vontade dos pais e ser administrada a vacina. Esta situação pode ser admissível num sistema de vacinação obrigatória, como a da República Checa, mas já não o é num sistema de vacinação voluntária como o português. Por este último motivo Gomes Canotilho e Vital Moreira admitem a imposição de um dever público de vacinação desde que a execução não seja forçada¹⁵.

¹² Vide Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 329-334, em especial p. 332 e João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., pp. 209-213.

¹³ Vide João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., pp. 213-215.

¹⁴ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 259.

¹⁵ Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*; Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 454 e seguintes.

A título meramente exemplificativo e atendendo à legislação portuguesa re-fira-se a Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, que prevê na alínea a) do n.º 4 da Base 2 que todas as pessoas têm o dever de respeitar as outras pessoas, em especial, acrescentamos nós, quando o objectivo maior é a protecção da saúde, que, nos termos do n.º 2 da Base 1, constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado. A protecção da saúde e do bem-estar da criança e a imunidade do grupo são corolários da vida em sociedade.

A recusa da vacinação de crianças e os efeitos que daí advêm constituem situações complexas que exigem uma avaliação multidisciplinar com intervenção de equipas de médicos, epidemiologistas, psicólogos e juristas. A avaliação não pode deixar de ponderar que o valor mais importante a proteger é o menor, o seu bem-estar e a sua saúde.

Não obstante a supressão do consentimento, não pode deixar de ser tida em consideração a opinião do menor, não apenas para o tratamento mas, por exemplo, em tratamentos prolongados, para a desistência do mesmo. Frases como “não quero continuar”, “provoca dor” devem ser tidas em consideração pelas equipas clínicas e por quem exerce a representação. Esta posição deve ser valorada em função de outros critérios, como a idade ou o grau de maturidade do menor, o que não se aplica nos casos analisados pelo Tribunal na presente decisão.

No caso em análise justifica-se que o Tribunal considere que haja motivos atendíveis para considerar o suprimento da recusa de consentimento dos Pais e poder aceitar a obrigatoriedade da vacinação dos menores, por cumprido o requisito do benefício directo para as crianças.

5. O direito ao respeito da vida privada

Na decisão discute-se se a imposição de uma vacina pelos serviços nacionais de saúde da República Checa constitui uma violação do artigo 8.º da CEDH, em especial a ingerência na vida privada. Prevê o artigo 8.º:

“Artigo 8.º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança

pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

O conceito de “vida privada” do artigo 8.º tem um conteúdo amplo – abrange a protecção do indivíduo a uma exposição pública, por exemplo, através de publicidade, a protecção da vida familiar, profissional, a autonomia pessoal, a orientação sexual ou a identidade da pessoa, através da divulgação do nome e da imagem. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem como jurisprudência constante a inclusão da defesa da integridade física no conceito de “vida privada”¹⁶.

O n.º 2 do artigo 8.º permite, por sua vez, a possibilidade de ingerência das autoridades públicas na vida privada, familiar, quando prevista em lei e desde que necessária para, no âmbito de uma sociedade democrática, proteger a segurança nacional, promover o bem-estar económico, a defesa da ordem, a prevenção de infracções penais e a protecção da saúde ou da moral dos próprios e de terceiros¹⁷.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem entende que a obrigação de submissão de uma pessoa a um tratamento médico ou a uma vacina sob pena de sanção pode constituir uma ingerência ao direito do respeito da vida privada¹⁸. Pode, no entanto, justificar-se essa limitação nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH se o fim for necessário numa sociedade democrática¹⁹. Para integrar este último conceito, a Comissão entende que «la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché. Les autorités nationales, toutefois, jouissent d’une marge d’appréciation dont l’ampleur dépend non seulement de la finalité, mais encore du caractère propre de l’ingérence (v. mutatis mutandis Cour eur. D.H., arrêt Olsson c. Suède du 24 mars 1988, série A n.º 130, pp. 31-32, par. 67)»²⁰.

¹⁶ Vide Decisão *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n.º 25358/12, de 27 de Janeiro de 2015, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-150770%22> [consultado em 23 de Maio de 2021].

¹⁷ Neste sentido Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2020, p. 255. Vide Elizabeth Wicks, *The Rights to Refuse Medical Treatment under the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law Review*, vol. 9, Issue 1, Spring, 2001, pp. 17-40.

¹⁸ Vide Decisão *ACMANNE and others v. BELGIUM*, Decisão 10435/83, de 10 de Dezembro de 1984, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:%2210435/83%22> [consultado em 23 de Maio de 2021].

¹⁹ Vide Decisão *Boffa et 13 Autres contre Saint Marin*, 26536/95, de 15 de Janeiro de 1998, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-29194%22> [consultado em 23 de Maio de 2021].

²⁰ *Idem*.

Partindo do teor da CEDH, adoptada pela República Checa, e das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem cumpre analisar as opções legislativas da República Checa. A legislação nacional checa consagra o princípio do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos e prevê que os limites a esses direitos não podem ser estabelecidos senão por lei²¹.

O Estado não pode obrigar os cidadãos, contra a sua vontade, a sujeitarem-se à administração de uma vacina, por poder colidir com a sua integridade física²². Em nossa opinião, este direito não é absoluto, e pode ser reduzido, nos termos constitucionais, por lei, que no caso português, por se estar perante um direito liberdade e garantia, é aprovada pela Assembleia da República, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, da Constituição da República Portuguesa.

A lei que venha a limitar o direito à intimidade da vida privada, em especial prevendo um procedimento invasivo como é a vacina, deve salvaguardar outros interesses legalmente protegidos e deve ser necessária, adequada e proporcional e a medida adoptada deve ter em vista a salvaguarda de um bem maior.

A imposição da vacinação infanto-juvenil tem como finalidade a obtenção de imunidade de grupo e a erradicação de doenças que em tempos eram causadoras de mortalidade infantil. Acresce que este desiderato é promovido pelo n.º 2 do artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Está assim preenchido o requisito da necessidade.

A adequação também se encontra preenchida se atendermos que o sistema de vacinação é o garante da saúde individual e grupal e defende a saúde dos indivíduos, em geral, e das crianças, em especial.

Por fim, a lei que imponha um sistema de vacinação está a fazê-lo com base no conhecimento que tem do sistema de aprovação de vacinas, nos termos da Directiva 2001/83/CE do Parlamento e do Conselho de 6 de Novembro de 2001, com as alterações em vigor, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano, transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção actual, que é o garante da eficácia e segurança da vacina, pelo que podemos considerar que uma lei que o imponha cumpre a proporcionalidade, em especial dos meios para atingir os fins de protecção de saúde pública e a integridade física de todos os cidadãos.

²¹ Vide Decisão *Vavříčka et Autres c. République Tchèque* (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), p. 14.

²² Neste sentido vide Aquilino Paulo Antunes, *Vacinas para Covid-19: aspectos para reflexão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXI, número 2, Lisboa, 2020, p. 150.

A Comissão dos Direitos Humanos pronunciando-se sobre a vacinação obrigatória entende “qu’une campagne de vaccination, telle que mise en place dans la plupart des pays, obligeant l’individu à s’incliner devant l’intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables, lorsque sa vie n’est pas en péril, ne dépasse pas la marge d’appréciation laissée à l’Etat”²³.

A lei de protecção de saúde pública da República Checa constitui o diploma legal de enquadramento em matéria de saúde, incluindo a vacinação, os tipos de vacinas, as condições de administração, entre outros aspectos. Como se refere na decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a lei checa prevê que o Ministério da Saúde adopte as medidas necessárias para a aplicação detalhada do sistema de vacinação, nomeadamente as vacinas a administrar, o calendário de vacinação e a verificação da imunidade²⁴.

Acresce ainda, como se refere no acórdão, que a lei de saúde pública da República Checa prevê a obrigação das escolas, nomeadamente creches e infantários, verificarem a vacinação das crianças no acto de inscrição.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entende que o termo lei que surge nos artigos 8.º a 11.º da Convenção devem ser entendidos como “that it has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one; it has included both “written law”, encompassing enactments of lower ranking statutes and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament, and unwritten law. “Law” must be understood to include both statutory law and judge-made “law”. In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it”²⁵ (Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, § 88, ECHR 2005-XI, with further references).

Encontra-se assim, cumprida, em nossa opinião, a excepção prevista no n.º 2 do artigo 8.º da CEDH, permitindo-se a ingerência na vida privada quando a lei o autorizar e razões de saúde pública o justificarem. O Ministério da Saúde da República Checa pode determinar através de regulamentos as regras relativas à va-

²³ Vide Decisão *ACMANNE and others v. BELGIUM*, Decisão 10435/83, de 10 de Dezembro de 1984, consultado em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%7B%2210435/83%22%7D> [consultado em 23 de Maio de 2021].

Vide também a Decisão *Boffa et 13 Autres contre Saint Marin*, 26536/95, de 15 de Janeiro de 1998, consultado <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-29194%22%7D> [consultado em 23 de Maio de 2021].

²⁴ *Idem*, p. 15.

²⁵ Vide Decisão *Sanoma Uitgevers B.V. v The Netherlands*, n.º 38224/03, de 14 de Fevereiro de 2010, § 83, e referências nele citado, em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%7B%222873701%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-100448%22%7D%7D> [Consultado em 24 de Maio de 2021].

cinação, uma vez a sua obrigação se encontrar prevista em lei e ter como objectivo último a protecção da criança e a criação de uma imunidade de grupo²⁶.

A posição assumida pela República Checa é concordante com a dos diversos estados intervenientes no processo – França, Hungria, Macedónia do Norte, Itália, Moldávia, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia e Reino Unido²⁷.

O Comité dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas defende na Observação Geral n.º 15 (2013) – CRC/C/GC/15²⁸ – o direito das crianças “ao mais alto nível possível de saúde”, que passa, entre outras medidas, pela imunização das crianças, sendo esta uma obrigação dos Estados²⁹.

Em face da análise realizada, entendemos que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu bem ao considerar que a existência de um sistema obrigatório de vacinação constitui uma ingerência da entidade pública justificada pelo n.º 2 do artigo 8.º da Convenção. O mesmo não nos parece em relação à não-aceitação da inscrição da criança não vacinada no ensino pré-escolar.

6. A recusa de inscrição no ensino pré-escolar e o direito à educação

Discute-se também na decisão em análise se a recusa de inscrição no jardim-de-infância (“escola maternal”) constitui uma violação do direito à educação por parte do Estado.

Um sistema de vacinação obrigatório pode, como verificámos, levar a uma vacinação forçada, no entanto, não pode dar origem a sanções que possam ser consideradas desproporcionais. Não obstante a República Checa prever a aplicação de multas a quem não se submeta ao processo de vacinação, temos mais dúvidas quanto à admissibilidade da não inscrição na creche e escola infantil, pelo que pode haver uma violação do artigo 2.º do Protocolo 1 da CEDH, que prevê:

ARTIGO 2º

Direito à instrução

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito

²⁶ Vide Decisão *Vavříčka et Autres c. République Tchèque* (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), ponto 267, pp. 66-67.

²⁷ Vide Decisão *Vavříčka et Autres c. République Tchèque* (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), pp. 23-31.

²⁸ Consultar em <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9e5b4> (consultado em 23 de Maio de 2021).

²⁹ *Idem*, p. 12.

dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

O Governo da República Checa vem defender que não se entende a recusa de inscrição como uma sanção, uma vez ter uma duração limitada até à idade da escolaridade obrigatória, pelo que não se restringe o direito à educação da criança³⁰. Este argumento não colhe porque a educação escolar não é apenas adquirida a partir das escolas básicas, mas a preparação e integração social das crianças inicia-se na fase pré-escolar.

Acresce ainda que a argumentação apresentada pela República Checa nos parece contraditória, uma vez a ausência de vacinação não ser apenas grave na fase infantil, mas também quando se inicia o sistema de ensino básico. Estamos perante, efectivamente, uma punição directa contra as crianças por actos tomados pelos Pais.

Se a existência da sanção pecuniária pela recusa de vacinação é aplicada directamente aos Pais, e é uma consequência dos seus actos, a não inscrição na escola e a perda na aprendizagem que daí advenha acaba por enquadrar uma sanção para as crianças, que, nestas circunstâncias, são vítimas das decisões dos Pais.

Os argumentos de que é uma medida de carácter protector e não punitivo não parece ser assim de acolher. Há no nosso entender uma desproporcionalidade da medida aplicada pelas autoridades da República Checa, pelo que discordamos das conclusões constantes da decisão do Tribunal Europeu.

7. A responsabilidade civil do produtor

O Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção actual, prevê, na senda do sistema europeu de farmacovigilância, criado pela Directiva n.º 2010/84/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 2010, nos artigos 166.º e seguintes, a criação de um Sistema Nacional de Farmacovigilância com a finalidade de recolher de forma sistemática informações sobre os riscos dos medicamentos para os doentes ou para a saúde pública, principalmente no que respeita a reacções adversas.

Uma reacção adversa, nos termos da alínea eee) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, é uma reacção nociva e não intencional a um medicamento. A reacção adversa pode ser grave ou inesperada. É grave quando conduz à morte, põe em perigo a vida, requer hospitalização, conduz a incapacidade persistente ou significativa ou envolve uma anomalia congénita [alínea fff)]; é

³⁰ Vide Decisão Vavříčka et Autres c. République Tchèque (Requêtes n.ºs 47621/13 et 5 autres), pp. 48-49.

inesperada quando a natureza, gravidade, intensidade ou consequência da reacção são incompatíveis com os dados constantes do resumo das características do medicamento [alínea ggg)].

Caso a reacção adversa esteja descrita no resumo das características do medicamento, por ter sido detectada no decurso dos estudos clínicos realizados para a aprovação do medicamento, é considerada como um efeito secundário descrito que tem alguma previsibilidade em ocorrer, pelo que não origina responsabilidade civil do produtor.

Em termos farmacológicos as reacções adversas provocadas pela administração de vacinas e reportadas aos diversos sistemas de farmacovigilância são muito escassas, pelo que há um efectivo grau de segurança.

A existência de reacções adversas que possam ser consideradas graves podem originar uma situação de responsabilidade civil do produtor, prevista a nível comunitário pela Directiva 85/374/CEE, do Conselho de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas e regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria de responsabilidade objectiva decorrente de produtos defeituosos.

Em Portugal a referida Directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que regula o regime jurídica da responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos.

Apesar da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem fazer uma esporádica referência ao regime da responsabilidade civil do produtor, cumpre analisá-lo com o intuito de demonstrar que a ordem jurídica protege o indivíduo que tenha uma reacção adversa grave na sequência da administração de uma vacina.

Como princípio geral é consignado na Directiva e na lei nacional a responsabilidade objectiva do produtor, através da qual o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor por defeitos dos produtos que põe em circulação.

Na secção 6 da Directiva e no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 383/89 prevê-se que um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.

O artigo 7.º da Directiva e o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89 prevêem a exclusão da responsabilidade do produtor se o produtor provar que (i) não pôs o produto em circulação; (ii) tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; (iii) não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição

com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional; (iv) o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; (v) o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito; e (vi) no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Dos critérios anteriores, cabe relevar o descrito em (v) que corresponde ao disposto na alínea e) do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 383/89 e que prevê a exclusão da responsabilidade do produtor de um produto com defeito, do qual no momento em que é posto em circulação se desconhecia que podia prejudicar dano ao consumidor.

A exclusão é baseada em critérios objectivos e exige que o defeito não seja detectável à luz do estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes no momento em que se coloca o produto no mercado.

A referência ao “estado dos conhecimentos científicos e técnicos” deve ser abrangente e não pode, segundo nos parece, referir-se apenas aos conhecimentos de um produtor em especial, mas ao conhecimento e estado da arte em global. Dito de outra maneira, e seguindo palavras de Calvão da Silva³¹, a ciência e a técnica, num determinado momento, estão impossibilitadas de aferir que o produto tem um defeito.

Não estamos perante a infracção pelo produtor de um dever de diligência, de precaução, mas, e cite-se, na “impossibilidade absoluta, objectiva e independente das dificuldades concretas de cada produtor na investigação da existência do defeito e do nível de custos que tal investigação comporte”, como referido por José Manuel Rodrigues³². Neste sentido, segue o Acórdão do STJ de 9/9/2010, Proc. 63/10.0YFLSB, que teve como Relator o Conselheiro Serra Baptista. Assim, “no âmbito da responsabilidade civil do produtor, a prova do defeito, tal como o dano e o nexo de causalidade entre aquele e este, cabe ao lesado. Não cabe, no entanto, ao lesado, por exemplo, demonstrar a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi posto em circulação. Esta existência é presumida por lei, cabendo ao produtor ilidi-la, demonstrando a probabilidade ou razoabilidade, e apenas esta, da inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação”.

³¹ Vide Calvão da Silva *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 516 e seguintes e Diana Montenegro da Silveira, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 225-265.

³² Vide José Manuel Rodrigues, *A Responsabilidade Civil do Produtor face a Terceiros*, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 124.

A exclusão da responsabilidade deverá ter obrigações para o produtor. Este deve estar sempre actualizado do ponto de vista técnico e científico, deve continuar a testar os produtos e a garantir o máximo de segurança ao abrigo dos conhecimentos técnicos num dado momento, como previsto no sistema jurídico alemão. Note-se, o produtor deve acompanhar a técnica e o conhecimento científico, não ultrapassá-lo.

Na área do medicamento, e em especial nas vacinas, a exigência e obrigação de acompanhar a técnica científica é muito exigente.

A exigência de estudos de segurança, eficácia e qualidade antes da autorização de introdução no mercado de um medicamento, a constante vigilância feita por produtores e entidades reguladoras sobre a segurança do produto, a criação de um sistema de farmacovigilância, são obrigações que recaem sobre o produtor e que lhe colocam o ónus de informação de reacções adversas e de retirada imediata do produto do circuito de comercialização.

Esta obrigação que impende sobre o produtor, e que no limite das legislações europeias, pode levar à revogação da autorização de introdução no mercado, como dispõe o n.º 2 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção do Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de Setembro, e o artigo 24.º da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Novembro de 2001, parece justificar a opção europeia pela exclusão da responsabilidade.

O mesmo não poderá acontecer se o produtor, não obstante a existência de danos, continuar a comercializar o produto, sem informar o consumidor dos riscos existentes.

Se o medicamento passar todos os testes de segurança, eficácia e qualidade, for testado em diversos ensaios clínicos de diversas fases, aprovado pelas entidades reguladoras dos países, se referir os efeitos secundários e as reacções adversas no folheto informativo, e vier a provocar uma reacção adversa grave ao doente, a exclusão da responsabilidade do produtor vai depender da prova feita em tribunal.

O ónus da alegação e prova do defeito compete ao lesado, bem como a demonstração do dano e o nexo casual, nos termos previstas no artigo 342.º do Código Civil. Compete, por outro lado, ao produtor alegar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, nomeadamente ilidindo a presunção do defeito do produto que comercializa, mediante a prova, probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito, como se refere, a título exemplificativo, no acórdão do STJ, de 2/6/2016, no âmbito do Proc. n.º 2213/10.8TVLSB, cujo Relator é o Conselheiro Orlando Afonso.

O recurso a um sistema de responsabilidade objectiva constitui um meio idóneo de garantia dos consumidores doentes caso surjam reacções adversas pela toma de medicamentos ou administração de vacinas.

Acresce ainda, e no caso em análise, que estando-se perante um programa geral de vacinação aprovado e imposto pela República Checa, caso houvesse uma reacção adversa grave na sequência da administração da vacina poder-se-ia ponderar a existência de responsabilidade objectiva do Estado³³, conferindo o ordenamento jurídico alguma segurança aos cidadãos.

Conclusão

A presente decisão constitui um marco importante na interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre os sistemas de vacinação obrigatórios, a recusa de vacinação e o respeito do direito à vida privada.

A decisão do Tribunal ao considerar que o sistema de vacinação obrigatório pode ser considerado como uma ingerência na vida privada, que pode ser justificada quando aprovado por lei nacional e para defesa da saúde pública, constitui uma tomada de posição importante que ajudará os Estados a tomarem as suas decisões na ponderação sobre a adopção de um sistema de vacinação obrigatório na luta contra a actual pandemia, causadora da doença Covid-19.

Se se pode compreender a decisão do Tribunal na interpretação do artigo 8.º da CEDH e na consideração que razões de saúde pública podem justificar a adopção de um sistema de vacinação obrigatório, não se compreende que o Tribunal considere admissível e proporcional a aplicação de sanções a quem não cumpre o sistema de vacinação, em especial quando põem em causa o direito de crianças à educação por decisões tomadas por quem exerce o poder paternal.

A decisão do Tribunal tem de ser apreendida e aplicada com cautelas, nomeadamente pelos Estados, porque se pode haver motivos para justificar a adopção de sistemas obrigatórios de vacinação o mesmo entendimento não pode ser perfilhado com a aprovação de um sistema sancionatório desproporcional, que puna terceiros, neste caso crianças.

A vacinação é um direito e em circunstâncias de graves problemas de saúde pública pode ser uma obrigação. O sistema sancionatório que garanta a obrigação de vacinação tem de ser razoável e proporcional e atender ao fim da vacinação que é a protecção da saúde das pessoas e do grupo. A punição deve incidir sobre aqueles que recusam a vacinação, por exemplo através da aplicação de multas, e não sobre terceiros que não cumprem o programa de vacinação por decisão de quem exerce o poder paternal.

³³ Vide Aquilino Paulo Antunes, *Vacinas para Covid-19*, ob. cit., p. 138.