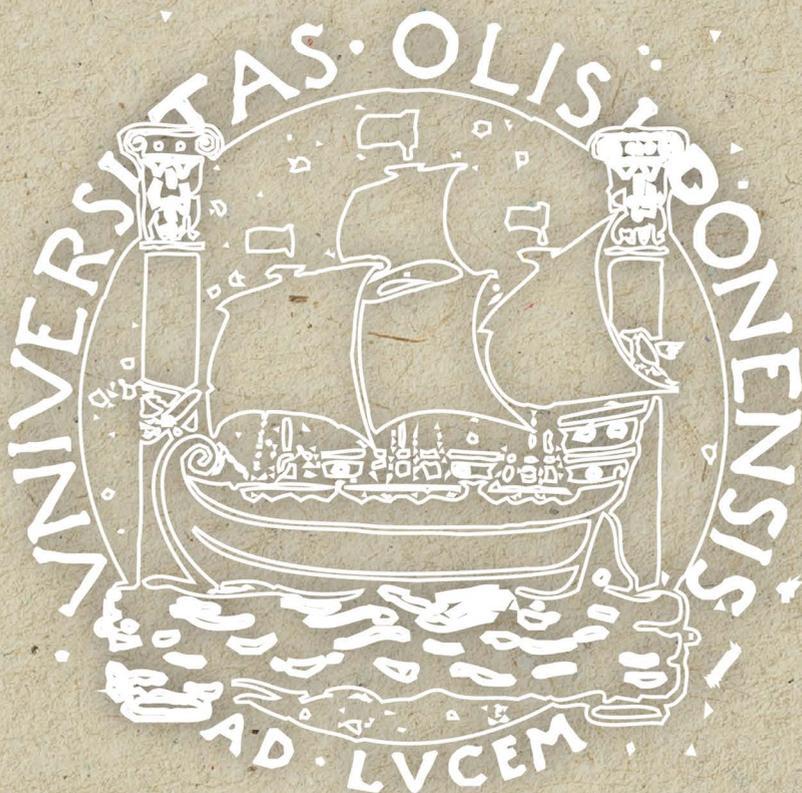


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

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

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
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
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
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
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
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
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
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
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
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
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
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
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
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
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
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
-
- Míriam 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

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, appls. 47621/13 and others, 08/04/2021

Rui Guerra da Fonseca*

Resumo: O caso *Vavříčka & Outros c. República Checa* diz respeito à temática da vacinação infantil obrigatória. O TEDH considerou não haver violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (direito ao respeito pela vida privada). Em si mesma uma matéria importante e controvertida, é hoje em dia inevitavelmente olhada como antecipação do debate acerca da eventual obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. O presente texto é um breve comentário acerca do acórdão do TEDH, tendo presente tal debate.

Palavras-chave: vacinação infantil compulsória; direito ao respeito pela vida privada; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; vacinação contra a Covid-19.

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso do Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*; 3. Aspetos processuais a destacar; 4. A não violação do art. 8.º da CEDH segundo o TEDH; 5. Revisão e relevância prospetiva do caso; 6. Observações finais no contexto específico da pandemia Covid-19.

Abstract: The case *Vavříčka & Others v. the Czech Republic* deals with compulsory childhood vaccination. The ECHR held that there was no violation of article 8.º of the European Convention on Human Rights (right to respect for private life). In itself a very important and controverted matter, it is nowadays inevitably regarded as an anticipation of the debate about the eventual Covid-19 compulsory vaccination. The following text is a short commentary on the ECHR decision, with an eye on that debate.

Keywords: compulsory childhood vaccination; right to respect for private life; European Court of Human Rights; article 8 of the European Convention on Human Rights; vaccination against Covid-19.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigador do Centro de Investigação de Direito Público; ruigfonseca@fd.ulisboa.pt.

1. Introdução

I. O recente Ac. TEDH¹ *Vavříčka & Outros c. República Checa*² considerou não haver violação do direito ao respeito pela vida privada, protegido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)³, na exclusão de várias crianças da educação pré-escolar e aplicação de uma multa a um progenitor em razão da recusa da sua submissão a vacinação obrigatória. Este é o aspeto comum às várias queixas que o TEDH juntou no mesmo processo.

Note-se, desde logo, que este é um acórdão final, emitido pela *Grand Chamber*, já não sujeito a qualquer tipo de recurso (*infra*).

II. Seria apressado concluir que se trata de um juízo de conformidade com a CEDH de qualquer regime de vacinação compulsória, e, portanto, de uma autorização para que os 47 Estados partes na Convenção possam correr a instituí-lo. Como se verá, o Tribunal tenta não se distanciar da circunstância comum às várias queixas, e sublinha mesmo que a questão em apreciação não era a de saber se a República Checa deveria ter adotado uma política “menos prescritiva” em matéria de vacinação infantil, mas antes se havia sido excedida a sua *margem de apreciação* no equilíbrio entre tais opções gerais e a situação dos queixosos⁴.

Estas abordagem e conclusão devem-se à metodologia própria do TEDH, bem como à consideração de aspetos que funcionam como limites a uma aceitabilidade geral, sem mais, de regimes de vacinação compulsória.

2. O caso do Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*

I. Na República Checa, existe um dever jurídico de vacinação, emergente da Lei de Proteção da Saúde Pública (Lei n.º 258/2000), para todos os residentes permanentes

¹ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

² Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*, queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021, doravante referido apenas como vai no texto. As chamadas para §§ sem outra indicação, no texto ou nas notas de rodapé, referem-se a este acórdão.

³ A designação oficial é “Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”. A CEDH foi adotada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 3 de setembro de 1953). Portugal assinou a CEDH em 22 de setembro de 1976, tendo a mesma sido aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro (que foi objeto da Declaração de Retificação n.º 286/78, de 14 dezembro); entrou em vigor na ordem doméstica em 9 de novembro de 1978.

⁴ Ac. *Vavříčka & Outros c. República Checa*, § 310.

e estrangeiros com autorização de residência de longo prazo, em termos regulamentados pelo Governo. O dever de proceder à vacinação das crianças (contra nove doenças identificadas) recai sobre os seus representantes legais (normalmente, os pais).

II. As vacinas não podem ser fisicamente forçadas, mas de acordo com a Lei n.º 200/1990, qualquer pessoa que haja violado uma proibição ou que incumpra um dever que tenha em vista prevenir doenças contagiosas comete uma infração (“*minor offence*”) punível com uma sanção que pode ascender às 10,000 coroas checas, cerca de 400 euros. Assim, os pais que não cumpram com esse dever a respeito das suas crianças, sem uma razão atendível, podem ser sancionados e as crianças não serão aceites em estabelecimentos de educação pré-escolar. Podem ser isentadas do dever de vacinação as crianças que apresentem condições de saúde que o desaconselhem.

III. No caso presente, o TEDH juntou várias queixas. Na primeira (n.º 47621/13), estava em causa a aplicação de uma sanção ao Sr. Vavříčka por ter recusado vacinar os seus filhos, então com 14 e 13 anos, contra a poliomielite, hepatite B e tétano. Nas demais (n.ºs 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15 e 43883/15), o aspeto comum foi a não admissão das crianças em estabelecimentos de educação pré-escolar (no restante, existiam várias diferenças: as vacinas recusadas eram contra doenças diversas, sendo distintos também vários aspetos procedimentais).

Consequentemente, dada a necessidade de preenchimento do estatuto de vítima para assegurar a legitimidade ativa (artigo 34.º da CEDH), o requerente na primeira queixa foi o pai das crianças (sobre o qual recaiu a sanção), enquanto nas demais foram as próprias crianças (que sofreram a não admissão nos referidos estabelecimentos de educação pré-escolar)⁵.

IV. O TEDH apenas admitiu as queixas em questão no tocante à violação do artigo 8.º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar); e fê-lo por unanimidade.

⁵ Sobre a importância e modalidades do estatuto de vítima, cfr. PHILIP LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4.ª ed., Oxford University Press, p. 187; IRENEU CABRAL BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 6.ª Ed., Almedina, pp. 425 ss.; CATARINA SARMENTO E CASTRO, “Estatuto de vítima”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, III, coord. Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 27 41 ss.; RUI GUERRA DA FONSECA, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, AAFDL, pp. 145-146.

Já no tocante à violação do artigo 9.º (liberdade de pensamento, de consciência e religião) declarou-as inadmissíveis, por maioria; e, agora por unanimidade, declarou-as igualmente inadmissíveis no tocante à violação dos artigos 2.º (direito à vida), 6.º (direito a um processo equitativo), 13.º (direito a um recurso efetivo no plano doméstico) e 14.º (proibição de discriminação).

Também por maioria (dezasseis votos contra um), o TEDH considerou que não se justificava a análise das queixas das crianças autonomamente quanto à violação do artigo 2.º do Protocolo n.º 1 (direito à instrução) (*infra*).

3. Aspetos processuais a destacar

I. O acórdão *sub judice* é um acórdão final, emitido pelo Tribunal Pleno ou *Grand Chamber*, composto por 17 juízes, a formação mais solene do TEDH com competência decisória de natureza judicial⁶. A primeira secção não chegou a conhecer dos méritos da queixa, tendo devolvido a decisão a favor do Tribunal Pleno (“*relinquished jurisdiction*”) ao abrigo do artigo 30.º da CEDH e do artigo 72.º da Regulamento do Tribunal (“*Rules of Court*”), por considerar que o assunto em causa suscitava uma “questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos”⁷; e as partes a tal não se opuseram⁸. Trata-se, portanto, de uma sentença⁹ definitiva, de acordo com o artigo 44.º/1 da CEDH, que já não pode ser objeto de recurso ou revisão.

Deste modo, o Ac. *Vavříčka & Outros c. República Checa* firma aquela que é, neste momento, a jurisprudência do TEDH sobre esta matéria, sendo relevante tanto em termos de *res iudicata* como de *res interpretata*.

⁶ O TEDH é composto atualmente por 47 juízes, que constituem o plenário, mas que nunca julga; apenas toma decisões de outra natureza, como a aprovação do Regulamento do Tribunal.

⁷ Nos termos do artigo 30.º, a devolução para decisão do Tribunal Pleno pode também ter lugar se a solução do litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença anteriormente proferida pelo Tribunal.

⁸ Ac. *Vavříčka & Outros c. República Checa*, §§ 6 e 163. Este último requisito negativo desaparece com o Protocolo n.º 15, que entrará em vigor no dia 1 de agosto de 2021, após o recente depósito do instrumento de ratificação da Itália.

⁹ No TEDH, é comum a utilização indistinta das expressões “sentença” e “acórdão” (e talvez até com preferência para a primeira). Essa despreocupação distintiva deve-se, não a um menor rigor, mas ao facto de inexistirem sentenças de juiz singular. Com efeito, no TEDH, o juiz singular tem apenas competência para declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar as queixas individuais através de *decisão* (nunca podendo conhecer do fundo da causa). Por isso, a distinção técnica e efetivamente relevante é entre acórdãos (ou sentenças, se assim se preferir chamar-lhes) e decisões: cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, “Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, III, coord. Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 3149 ss.

II. A decisão principal, relativa à não violação do artigo 8.º da CEDH, obteve 16 votos favoráveis e apenas um contra, sendo acompanhada de duas declarações de voto, uma de concordância parcial (Juiz Lemmens, da Bélgica) e outra de vencido (Juiz Wojtyczek, da Polónia)(*infra*).

III. Foi dada a possibilidade de intervenção como terceiros aos governos da França, Alemanha, Polónia e Eslováquia, assim como a diversas organizações não governamentais da área da vacinação. A intervenção no processo não está reservada às partes e ao Tribunal. De acordo com o disposto no artigo 36.º da CEDH, e conforme disciplinado no artigo 44.º das “*Rules of Court*”, vários outros sujeitos – terceiros – podem ter participação processual. Não se trata, porém, de uma hipótese incondicionada ou plenamente aberta: este direito de intervenção baseia-se ora na qualidade, ora na função, do terceiro em causa, mas pode acontecer também que o presidente do Tribunal o conceda noutras circunstâncias não dependentes de tais critérios.

No caso vertente, o interesse destes Estados partes em participar no processo, por escrito, prende-se com os seus próprios regimes domésticos no tocante à vacinação¹⁰.

O TEDH permitiu também a intervenção como terceiros, entre outros, de uma associação de pacientes com doenças provocadas por vacinas, do *European Centre for Law and Justice* e do *European Forum for Vaccine Vigilance*.

IV. À semelhança de tantos outros casos em que o TEDH se debruçou sobre temas fraturantes em que estiveram em causas matérias relevantes de aplicação da Convenção e suscitam problemas de consenso europeu, o Tribunal analisou, não apenas a jurisprudência checa subjacente às queixas apresentadas (dos tribunais administrativos e do Tribunal Constitucional), mas também a de outros Estados partes, por exemplo, da França¹¹, da Hungria¹², da Macedónia do Norte¹³, da

¹⁰ Para uma análise comparada dos sistemas da França, Bélgica, Áustria, Alemanha e Suíça, cfr. ALESSANDRA DONATI *et alii*, “Vaccination Policies in Europe: A Comparative Study Between Selected Countries”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law – Research Paper Series*, 2021(1) [www.mpi.lu].

¹¹ No caso n.º 2015-458 QPC, o Conselho Constitucional decidiu que, em matéria de vacinação infantil compulsória, está na autonomia do legislador uma tal determinação, não violando a Constituição.

¹² No caso n.º 39/2007, o Tribunal Constitucional recusou que a vacinação infantil compulsória pudesse ser forçada, não em si mesma, mas por não estar protegida por qualquer garantia impugnatória.

¹³ No caso n.º U.Br. 30/2014, o Tribunal Constitucional entendeu que, no âmbito da vacinação infantil compulsória, a punição com pena de multa está dentro da autonomia do legislador, assim como o impedimento de entrada em estabelecimento escolar.

Itália¹⁴, da República da Moldávia¹⁵, da Sérvia¹⁶, da Eslovénia¹⁷ e do Reino Unido¹⁸.

V. Além de outros elementos considerados¹⁹, o TEDH aceitou, no âmbito do processo, uma comunicação conjunta da Sociedade Checa de Vacinologia e da Sociedade Checa de Pediatria, sustentando a manutenção da obrigatoriedade da vacinação infantil em causa, em razão de a vacinação constituir uma das medidas preventivas de saúde pública mais eficazes e do enorme decréscimo do número de mortes por doenças preveníveis através da vacinação desde o momento em que a mesma foi tornada obrigatória. Outros estudos considerados pelo Tribunal mostravam igualmente resultados positivos para a saúde pública associados ao caráter obrigatório da vacinação²⁰.

VI. Alguns dos queixosos alegaram também violação do artigo 9.º da CEDH (liberdade de pensamento, de consciência e de religião). Todavia, o Tribunal

¹⁴ No caso n.º 5/2018, o Tribunal Constitucional aceitou o condicionamento da entrada das crianças em estabelecimentos escolares de nível inicial à prova da vacinação, apoiada por sanção administrativa de natureza pecuniária; mas no caso n.º 307/1990, o Tribunal Constitucional havia considerado inconstitucional a determinação da vacinação obrigatória contra a poliomielite por faltar legislação relativa à reparação de potenciais danos para a saúde dos vacinados (ver também os casos n.º 118/1996 e 268/2018).

¹⁵ Caso n.º 26, de 30/10/2018.

¹⁶ Caso n.º IUz-48/2016.

¹⁷ Caso n.º U-I-127/01.

¹⁸ Cfr. § 128.

¹⁹ Cfr. §§ 152 ss.

²⁰ É particularmente interessante que o TEDH tenha considerado um estudo de um consórcio europeu financiado pelo Centro Europeu de Prevenção de Doenças, com vista a mostrar o “estado da arte” na Europa (§ 157): “*In 2012 the Vaccine European New Integrated Collaboration Effort (VENICE), a network of national experts from all Member States of the European Union and Iceland and Norway working in the field of immunisation, published a study entitled “Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes”. This study provides, inter alia, an overview of the compulsory vaccination situation in the countries concerned. Another overview of this situation was carried out by the Czech Parliamentary Institute in a report of June 2014. According to these sources, fifteen countries did not impose any compulsory vaccinations and fourteen countries required one or more vaccinations. In eight of the latter, vaccination was compulsory against the same or a higher number of diseases as in the Czech Republic. Although in some States vaccination of children was not compulsory in general, it could be ordered in specific cases, either collectively in response to an emergency or in other circumstances. As regards legislation on strict liability for health damage caused by vaccination, according to a WHO study published in 2011, only nineteen countries in the world had special compensation schemes, of which thirteen were Council of Europe member States.*”

considerou que a opinião crítica dos queixosos acerca da vacinação não constituía uma “convicção ou crença suficientemente cogente, séria, coesa e importante” para desencadear as garantias do artigo 9.º da Convenção. E, como tal, considerou (por maioria) a queixa inadmissível nessa parte por incompatibilidade *ratione materiae* com a CEDH (artigos 35.º § 3 a) e 35.º § 4). Opinião diferente expressou o Juiz Wojtyczek, na sua declaração de voto, considerando a alegação dos requerentes suficiente para ser admitida e apreciada.

Com a mesma base legal, o TEDH recusou (por unanimidade) apreciar as queixas na parte em que alegavam violações dos artigos 2.º (direito à vida), 6.º (direito a um processo equitativo), 13.º (direito a um recurso efetivo) e 14.º (proibição de discriminação).

VII. Foi também alegada e a violação do disposto no artigo 2.º do Protocolo n.º 1 (direito à instrução). O TEDH considerou (por dezasseis votos contra um) que não se justificava apreciar as queixas nessa parte, dada a apreciação já realizada do caso à luz do artigo 8.º da CEDH.

VIII. De assinalar ainda a existência de duas declarações de voto, como já mencionado. O Juiz Lemmens não concordou com o não conhecimento da violação do direito à instrução, mas utilizou a sua declaração para reforçar a concordância com a decisão do Tribunal no demais, sublinhando o valor da solidariedade e a “necessidade do respeito pelos direitos humanos dos outros membros da sociedade”. O Juiz Wojtyczek, admitindo que a Convenção não exclui a possibilidade de vacinação obrigatória quanto a certas doenças, entendeu que a argumentação do Governo checo quanto à situação dos requerentes em especial não era suficiente (para além de suscitar outras questões processuais).

4. A não violação do art. 8.º da CEDH segundo o TEDH

I. O percurso judicativo do TEDH passa por vários pontos sequenciais mas sempre de modo enquadrado no que o Tribunal considera ser a moldura do caso e que lhe dá a circunstância própria. Para o Tribunal, o que está em causa, à luz do artigo 8.º da CEDH, é uma prática rotineira e estandardizada de vacinação infantil contra várias doenças bem conhecidas da ciência média²¹, que na República Checa gera um dever específico de suportar a vacinação e com natureza compulsória.

²¹ A saber, difteria, tétano, tosse convulsa, infeções provocadas por *Haemophilus influenzae* tipo B, poliomielite, hepatite B, sarampo, papeira, rubéola e, para certas crianças, infeções pneumocócicas.

II. O TEDH preocupou-se em determinar, *prima facie*, se se verificava uma *ingerência* na vida privada dos requerentes, dado que o artigo 8.º expressa uma vertente negativa essencial (o “respeito” pela vida privada)²², tendo concluído afirmativamente: no tocante às crianças requerentes, porque sofreram diretamente a não admissão em estabelecimentos de educação pré-escolar; e quanto ao Sr. Vavříčka, porque sobre ele recaía o dever de promover a vacinação dos seus filhos enquanto responsável pelo seu bem-estar e porque as consequências do incumprimento foram por ele diretamente suportadas.

A ingerência existe. Segundo anterior jurisprudência do TEDH, que o mesmo reitera, a vacinação obrigatória constitui uma intervenção médica involuntária e, nessa medida, representa uma interferência no direito ao respeito pela vida privada, nos termos do artigo 8.º da CEDH²³.

III. O TEDH dedicou-se a apurar, de seguida, se a ingerência respeitava o *princípio da legalidade*, pois o artigo 8.º(2) da CEDH exige que qualquer ingerência na vida privada esteja “prevista na lei”. O TEDH aderiu à conclusão dos tribunais domésticos na conclusão de que a mesma dispunha de previsão legal suficiente, à luz das exigências constitucionais checas.

IV. Depois, o Tribunal questionou a *legitimidade do objetivo prosseguido com a ingerência*. Segundo TEDH, o propósito da legislação em causa é a proteção contra doenças que podem constituir um risco sério para a saúde, tanto dos indivíduos a vacinar, como daqueles que, dada a sua condição particular, não o podem ser e que dependem, portanto, de um alto nível de imunidade de grupo da sociedade em geral.

Do ponto de vista do Tribunal, estavam assim preenchidas duas cláusulas justificativas de ingerência das autoridades públicas no direito ao respeito pela vida privada, nos termos do artigo 8.º(2) da CEDH: a “proteção da saúde” e a “proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

V. O teste seguinte, que o artigo 8.º(2) da CEDH também implica, consistiu em avaliar a *necessidade da ingerência em causa numa sociedade democrática*²⁴. Neste âmbito, o Tribunal analisou vários aspetos.

²² Com referência às dimensões do respeito, proteção e realização (“*fulfilment*”) dos direitos humanos, cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, AAFDL, 2019, p. 74. Mais desenvolvidamente, FRÉDÉRIC MÉGRET, “Nature of obligations”, in Daniel Moeckli / Sangeeta Shah / Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, pp. 97 ss.

²³ Cfr. *Solomakhin c. Ucrânia*, n.º 24429/03, de 15/03/2012.

²⁴ As restrições a outros direitos convencionalmente protegidos dependem também deste mesmo teste, v.g., à liberdade religiosa [artigo 9.º(2)], à liberdade de expressão [artigo 10.º(2)], e às liberdades

a. Apesar de os objetivos das políticas de vacinação encontrarem amplo acordo entre os Estados partes na CEDH, já o âmbito e o modo de os atingir varia consideravelmente. Quanto ao âmbito, o conjunto de vacinas incluídas nos planos nacionais é variável. Quanto ao modo, os Estados partes oscilam entre modelos mais ou menos adstringentes, entre a obrigatoriedade e a facultatividade da vacinação, registando-se, todavia, uma tendência recente (mas ainda não maioritária) de mudança para modelos mais *hard*, protagonizada pela França, Polónia e Eslováquia, justamente três dos Estados partes que intervieram como terceiros – *supra*), em razão do decréscimo da vacinação voluntária e da consequente diminuição da imunidade de grupo.

Segundo o TEDH, se a obrigatoriedade da vacinação é questão sensível, não o é menos a do valor da solidariedade social que lhe está subjacente, havendo em qualquer caso uma ligação forte à proteção da saúde pública e à proteção dos mais vulneráveis; e estes últimos aspetos são valores comuns aos vários Estados partes. Daí que os mesmos – e aqui em particular a República Checa – devam beneficiar de uma *ampla margem de apreciação*.

b. No contexto da necessidade da ingerência, o Tribunal analisou também a existência de *necessidade social premente*. A República Checa trouxe ao processo a posição das suas autoridades médicas, para as quais a obrigatoriedade da vacinação constitui um instrumento fundamental, em face do potencial decréscimo acentuado da vacinação caso a mesma constituísse mera opção, decréscimo esse que importava evitar em face da necessária proteção da saúde individual e pública.

O TEDH considerou, assim, que existia uma necessidade social premente na manutenção da obrigatoriedade da vacinação infantil.

c. O Tribunal autonomizou ainda o teste quanto à existência de uma *razão relevante e suficiente*, tendo concluído que a opção do legislador checo quanto à obrigatoriedade da vacinação infantil cumpria tal critério, justificando, desse ponto de vista, as ingerências que os queixosos contestavam. Não é clara a necessidade da autonomização desta análise, mas com ela o TEDH sistematizou os pontos de

de reunião e de associação [artigo 11.º(2)]. Conforme é frequentemente notado, o conceito de “sociedade democrática” perpassa toda a CEDH e é reconhecido pelo TEDH como um elemento fundamental da ordem pública europeia, de tal modo que *a democracia surge como o único regime político contemplado pela Convenção, e também o único com ela compatível* (Ac. TEDH *Partido Comunista Unido da Turquia & Outros c. Turquia*, n.º 19392/92, de 30/01/1998). Cfr. PHILIP LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, p. 187.

apoio da sua apreciação. Considerando verificar-se um “forte racional de saúde pública” no tocante à “eficácia e segurança da vacinação infantil”, suportado ademais tanto num consenso geral como na conclusão do Tribunal Constitucional Checo quanto à existência de elementos nacionais e internacionais justificantes da política em causa, o Tribunal fixou-se nesses aspetos para então apreciar o problema do ponto de vista da situação das crianças. Quanto a isso, de forma não surpreendente (desde logo pelo que já vinha dizendo), o TEDH concluiu que, onde os Estados entenderem que a facultatividade da vacinação não é suficiente, podem determinar a respetiva obrigatoriedade, dado que em todas as decisões que envolvam crianças, o seu melhor interesse é o valor de referência, o que obriga a considerar tanto as que estão em condições de serem vacinadas, como aquelas que não estão nessa condição e para as quais a imunidade de grupo é essencial. Em síntese – parece ser este o ponto fundamental –, se importa assegurar tanto a proteção direta como a proteção indireta das crianças, e se a obrigatoriedade da vacinação é a melhor forma de o conseguir, então os Estados podem determiná-la.

d. Finalmente, o TEDH dedicou-se à análise da *proporcionalidade da ingerência face ao fim*, concluindo pela verificação de uma “razoável relação de proporcionalidade” entre ambos, medida e finalidade, aferida no contexto do sistema doméstico em causa. Em primeiro lugar, o TEDH levou em conta que a obrigação de vacinação não era um “dever absoluto”, em razão da possibilidade de invocação de objeção de consciência, por um lado, e isenção para as crianças que por razões de saúde não podiam ser vacinadas, por outro. Em segundo lugar, o Tribunal considerou relevante a inexistência de uma norma estabelecendo coação física, isto é, a vacinação fisicamente forçada. Em terceiro lugar, a sanção pecuniária imposta ao Sr. Vavříčka era de natureza meramente administrativa e aplicável uma única vez, portanto – segundo o Tribunal – “moderada”. Já no tocante à exclusão das crianças não vacinadas do acesso à educação pré-escolar, o TEDH considerou que o efeito da medida era limitado no tempo e, assim, proporcional face ao fim. Muito embora com prejuízo para o desenvolvimento das crianças, a exclusão verifica-se apenas durante o período de educação pré-escolar, não colocando em causa o acesso à educação primária que é obrigatória. O Tribunal entra ainda em linha de conta com a existência de mecanismos procedimentais ou processuais internos para que as pessoas possam reagir, parecendo considerar que esse conjunto de garantias equilibra a situação dos afetados perante a ingerência.

VI. O TEDH vem, assim a concluir pela não violação do direito ao respeito pela vida privada protegido pelo artigo 8.º da CEDH, muito embora tomando bastantes cautelas para conter a abrangência da *res iudicata* deste caso. Como o

Tribunal afirma em discurso direto, “[t]he Court would clarify that, ultimately, the issue to be determined is not whether a different, less prescriptive policy might have been adopted, as has been done in some other European States. Rather, it is whether, in striking the particular balance that they did, the Czech authorities remained within their wide margin of appreciation in this area. It is the Court’s conclusion that they did not exceed their margin of appreciation and so the impugned measures can be regarded as being “necessary in a democratic society”²⁵.

5. Revisão e relevância prospetiva do caso

I. O caso em análise permite extrair algumas conclusões fundamentais quanto ao posicionamento do TEDH a respeito do tema de fundo em análise no acórdão:

- i) Em primeiro lugar, o Tribunal assenta que o caráter obrigatório da vacinação não contrariou a CEDH, em especial à luz do artigo 8.º (respeito pela vida privada).
- ii) Em segundo lugar, e de modo intimamente conexo, o Tribunal admitiu que essa obrigatoriedade pode ser auxiliada por mecanismos coativos e sancionatórios, que são aceitáveis à luz da Convenção enquanto puderem considerar-se “moderados”.
- iii) Em terceiro lugar, o TEDH admitiu exclusões decorrentes da não vacinação (no caso, a exclusão de crianças de estabelecimentos de educação pré-escolar).
- iv) Em quarto lugar, o TEDH considerou que se encontra na margem de apreciação dos Estados a caracterização da vacinação como obrigatória, *prima facie*, mas também as demais medidas apreciadas e que constituem concretização dessa determinação.

Vejamos cada uma destas conclusões, com a brevidade que se impõe.

II. O segmento decisório principal do acórdão é o de que não há violação do direito ao respeito pela vida privada, protegido pelo artigo 8.º da CEDH. É certo que as queixas apresentadas tinham por objeto a aplicação da sanção ao Sr. Vavříčka e a exclusão das crianças de estabelecimentos de educação pré-escolar; e que o contexto era, especificamente, o da vacinação infantil. Aliás, como apontámos *supra*, o Tribunal mostrou-se constantemente preocupado em “amarrar” as suas apreciações a tais aspetos identitários do caso concreto, certamente ciente de que o que pudesse

²⁵ Cfr. *Vavříčka & Outros c. República Checa*, § 310.

dizer neste acórdão viria a ser lido com o objetivo de vislumbrar conclusões para o âmbito mais vasto da vacinação em geral e, claro, através das lentes da situação pandémica vivida mundialmente. Sintetizando uma espécie de *Leitmotiv* aqui e ali repetido, “[t]he Court reiterates that its task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract. While it should not overlook the general context, it must as far as possible confine itself to examining the issues raised by the case before it”²⁶.

Se isto dificulta o precedente, em sentido contrário milita a afirmação do TEDH de que não pode ignorar que o tema da vacinação obrigatória em geral está subjacente a toda a sua apreciação.

De acordo com a jurisprudência do TEDH, a integridade física é protegida pelo artigo 8.º(1) da CEDH. Como recorda o Juiz Wojtyczek na sua declaração de voto, citando o caso *Solomakhin c. Ucrânia*²⁷, “*The Court reiterates that according to its case-law, the physical integrity of a person is covered by the concept of “private life” protected by Article 8 of the Convention (see X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91). The Court has emphasised that a person’s bodily integrity concerns the most intimate aspects of one’s private life, and that compulsory medical intervention, even if it is of a minor importance, constitutes an interference with this right (see Y.F. v. Turkey, no. 24209/94, § 33, ECHR 2003-IX, with further references). Compulsory vaccination – as an involuntary medical treatment – amounts to an interference with the right to respect for one’s private life, which includes a person’s physical and psychological integrity, as guaranteed by Article 8 § 1 (see Salvetti v. Italy (dec.), no. 42197/98, 9 July 2002, and Matter v. Slovakia, no. 31534/96, § 64, 5 July 1999)*”²⁸.

Mesmo desconsiderando que o artigo 8.º da CEDH possa não esgotar o âmbito paramétrico da temática da vacinação obrigatória à luz da Convenção²⁹, há uma dimensão de proteção da integridade física à qual o TEDH parece não ter dado o devido enquadramento. Como também sublinha o Juiz Wojtyczek na sua declaração de voto, “[i]t is not true that “there is no provision allowing for vaccination to be forcibly administered” (see paragraph 293 of the judgment). While it is true that the State cannot apply coercion directly in respect of children in this context, the whole system relies upon

²⁶ Cfr. § 291.

²⁷ *Solomakhin v. Ukraine*, n.º 24429/03, de 15/03/2012, § 33.

²⁸ Sobre a integridade pessoal como integrante do direito ao respeito pela vida privada na CEDH, cfr. JOSÉ GONZÁLEZ, “Direito ao respeito pela integridade física e psíquica”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, II, cit., pp. 1389 ss.

²⁹ Com efeito, a dimensão da intimidade não consome aspetos ligados às várias dimensões do direito à vida protegido pelo artigo 2.º (e se relativamente ao artigo 3.º – proibição da tortura e penas ou tratamentos desumanos e degradantes – não parece haver questão, nem por isso deixaria de ser relevante a clarificação do correspondente afastamento).

the following principle: sanctions are imposed upon parents so that they convince their children or, if necessary, use coercion to force their own children to undergo vaccination”.

Independentemente da apreciação que possa fazer-se das condições de admissibilidade das queixas que deram origem ao processo, o TEDH pode decidir pela violação de normas da Convenção que não as invocadas³⁰ porque *jura novit curia*. Aliás, neste mesmo caso *Vavříčka & Outros c. República Checa* o próprio Tribunal sublinha: “*The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of a case, and is not bound by the characterisation given by an applicant or a Government (see, for example, Molla Sali v. Greece [GC], no. 20452/14, § 85, 19 December 2018, and also Radomilja and Others v. Croatia [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, §§ 123-26, 20 March 2018)*”.

Ao restringir o campo de análise ao artigo 8.º, o TEDH delimita o seu campo de apreciação a um direito relativamente ao qual a Convenção admite restrições, nos termos do correspondente n.º 2, e que, segundo a própria jurisprudência do Tribunal, admite uma maior margem de apreciação dos Estados. Aparentemente, isto resguarda o juízo do TEDH face a certos aspetos polémicos, mas não é a melhor opção e gera problemas adicionais. Em primeiro lugar, e começando pelo último aspeto, obriga o Tribunal a ignorar que a maior amplitude da margem de apreciação dos Estados em matéria de saúde pública foi pensada para outras situações, em que está em causa a discricionariedade na respetiva arquitetura e afetação de recursos disponíveis, o que nada tem a ver com a determinação de um dever jurídico de vacinação (*infra*).

Por outro lado, afasta o Tribunal da apreciação da violação do direito à educação, previsto no artigo 2.º do Protocolo n.º 1, cujo segmento inicial determina que “a ninguém pode ser negado o direito à instrução”. O que é aqui relevante é a formulação negativa desta parte do preceito³¹, e não as suas dimensões positivas. Quer dizer, a serem relevantes as dimensões positivas, no tocante às obrigações positivas dos Estados, teria importância discutir se a educação pré-escolar estaria abrangida pelo seu âmbito de proteção, como já se discutiu a respeito do ensino superior (tendo o Tribunal concluído em sentido afirmativo³²). Mas, no caso em

³⁰ Cfr. casos *Guerra e Outros c. Itália*, queixa n.º 14967/89, de 19/02/1998; *Poder e Outros c. Estónia*, queixa n.º 67723/01, de 26/04/2005; *Serife Yigit c. Turquia*, queixa n.º 3976/05, de 02/11/2010; *M.M. c. Reino Unido*, queixa n.º 24029/07, de 13/11/2012.

³¹ Esta dimensão negativa determina que as pessoas não podem ser privadas das prestações que cabem no âmbito da norma “quando as queiram receber” – cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Direito à instrução”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, III, cit., p. 2208.

³² Veja-se o famoso caso *Leyla Sahin c. Turquia*, n.º 44774/98, de 11/11/2005. Sobre o tema, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 526 ss.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Direito à instrução”, pp. 2206 ss.

apreço, o aspeto saliente era o de saber se a dimensão negativa não protege da exclusão todos aqueles que queiram aceder seja a que nível de ensino for (*infra*).

III. O Tribunal admite também, como se enunciou, que a obrigatoriedade da vacinação pode ser auxiliada por mecanismos coativos e sancionatórios, mecanismos estes que são aceitáveis à luz da Convenção, desde que possam considerar-se “moderados”. A expressão é feliz do ponto de vista da construção argumentativa, pois o que é moderado é desde logo colocado no lado da aceitabilidade. Porém, parece revelar uma petição de princípio.

O TEDH dá relevância, para tal adjectivação, a dois aspetos: ao montante reduzido da sanção aplicada ao Sr. Vavříčka, e ao facto de a mesma ser de aplicação única. Mas isso é claramente contingente. Como lidará o Tribunal com a França, que, por lei de 30 de dezembro de 2017, aumentou os limites máximos das penas de prisão, de 6 meses para dois anos, e de multa, de 3,750 para 30,000 euros, para os pais que não submetam os seus filhos às vacinas obrigatórias? De resto, isso talvez implicasse um balanceamento com a proteção da propriedade privada, que não é feito. Por outro lado, se o TEDH aceita mecanismos coativos, porque recusaria conformidade com a CEDH a uma sanção pecuniária compulsória repetitiva, com o objetivo de levar ao cumprimento da obrigação (um caso típico de coação administrativa em sentido próprio³³)? Aliás, na Alemanha, a Lei de Execução dos Atos Administrativos (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz* (VwVG)) prevê este tipo de coação administrativa em termos gerais, que, assim, no juízo do TEDH, não poderia ser aplicável em matéria de vacinação obrigatória por carência de “moderação”.

Em suma, também quanto a este aspeto, o Tribunal perdeu uma oportunidade de clarificação, e que teria sido prudente assentar, pensando no que pode ser o futuro da utilização deste tipo de regimes no espaço europeu.

IV. Em terceiro lugar, o TEDH admite exclusões decorrentes da não vacinação. No caso em apreço, está em causa a exclusão de crianças de estabelecimentos de educação pré-escolar. Como já se adiantou, ao localizar a discussão deste aspeto particular no âmbito do artigo 8.º da Convenção, e não no do artigo 2.º do Protocolo n.º 1, o TEDH parece ter evitado a problemática da proibição de negação do direito à instrução. Mas trata-se de *bypass* criticável.

A questão de fundo é a possibilidade de exclusão de não vacinados, da qual a exclusão de crianças de estabelecimentos escolares é apenas uma manifestação. Ao

³³ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 325.

afastar a discussão em torno da aplicação do artigo 2.º do Protocolo n.º 1, nem por isso a questão de fundo é afastada; na verdade, ganha até uma importância acrescida em face da não cobertura pelo caso especial.

É evidente que está em causa uma situação de discriminação: em razão de não terem sido vacinados, certos indivíduos são excluídos da frequência de certos espaços e atividades que implicam convívio com outros. Exemplificando com alguns dos chamados fatores suspeitos, o artigo 14.º da CEDH proíbe a discriminação, mas apenas quanto ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na CEDH. Já o artigo 1.º do Protocolo n.º 12³⁴ consagra a proibição geral de discriminação, estendida a qualquer direito “previsto na lei” e não apenas na Convenção. No caso *sub judice*, o TEDH desenvolve considerações várias a respeito da proporcionalidade das medidas em causa, mas de modo sempre orientado para um juízo de aceitabilidade à luz do artigo 8.º(2) da CEDH, deixando por apreciar a razoabilidade de discriminação que tais medidas envolvem.

Teria sido muito relevante que o TEDH não evitasse esta discussão, tanto pela respetiva importância em si, como pelo seu potencial problemático para medidas discriminatórias no âmbito de direitos não especificamente protegidos pela CEDH, como os direitos laborais, mas aos quais se aplica a proibição de discriminação do artigo 1.º do Protocolo n.º 12. De resto, este potencial discriminatório tem largo campo de discussão mesmo fora de situações de incumprimento de deveres.

V. Em quarto lugar, o TEDH considera que a caracterização da vacinação como obrigatória se encontra na margem de apreciação dos Estados, mas também as demais medidas apreciadas e que constituem concretização dessa determinação.

A margem de apreciação é um conceito³⁵ que expressa o melhor posicionamento dos Estados – *prima facie* e em relação ao TEDH – para decidirem sobre a necessidade de certa medida restritiva de direitos previstos na Convenção. Nesta medida, tem um campo de aplicação privilegiado nas apreciações de proporcionalidade solicitadas no juízo sobre restrições aos direitos protegidos pelos artigos 8.º a 11.º da CEDH³⁶.

Ora, a margem de apreciação dos Estados é variável: mais larga em matérias eticamente fraturantes (como é o caso da interrupção voluntária da gravidez) ou que não encontram ainda consenso a nível europeu, e também por exemplo em

³⁴ Entrou em vigor na ordem internacional em 2005, mas Portugal só o ratificou em 2016, entrando em vigor na ordem nacional em 2017 (Resolução da Assembleia da República n.º 232/2016, e Decreto do Presidente da República n.º 102/2016, ambos de 25 de novembro de 2016).

³⁵ De criação jurisprudencial, a partir da entrada em vigor do Protocolo n.º 15 a margem de apreciação passará a estar mencionada no preâmbulo da CEDH, assim como o princípio da subsidiariedade.

³⁶ Cfr. PHILIP LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, p. 189.

questões de saúde pública que envolvam disponibilidade de meios³⁷, é bastante mais reduzida noutras situações, designadamente no âmbito do artigo 8.º da CEDH. Como diz o próprio Tribunal, “[w]here a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will usually be restricted (see *Evans*, cited above, § 77, and the other authorities cited therein, and *Dickson v. the United Kingdom [GC]*, no. 44362/04, § 78, *ECHR 2007-V*)”³⁸.

O TEDH tem reiterado que a proteção do próprio corpo é um dos valores fundamentais protegidos pela Convenção, que diz respeito ao aspeto mais íntimo da vida privada e, portanto, ao âmbito de proteção do artigo 8.º da CEDH. Deste ponto de vista, a margem de apreciação do Estado seria reduzida. Mas, no presente caso, o TEDH desloca o seu foco de análise para a questão de política (de) saúde pública e, com isso, coloca a discussão num campo em que a margem de apreciação é tradicionalmente bem mais ampla, de acordo com a sua própria jurisprudência.

Bastante crítico desta opção é, mais uma vez, o Juiz Wojtyczek³⁹, para o qual, situada a questão no âmbito do artigo 8.º da CEDH, o tema central do caso é o direito a dispor do próprio corpo, com a conseqüente redução da margem de apreciação. Recordando que aquilo que não reúne consenso europeu é a obrigatoriedade da vacinação, e não a importância da vacinação infantil no âmbito da saúde pública, o Juiz Wojtyczek parece considerar de certo modo arbitrária esta escolha do TEDH quanto ao posicionamento da questão, e não deixa de afirmar que “[t]he approach adopted may give the impression that without a low standard of scrutiny the finding of no violation would not have been possible”.

VI. Este acórdão *Vavříčka & Outros c. República Checa* é passível destas e de outras apreciações críticas. Ambas as declarações de voto o ilustram bem, em particular a do Juiz Wojtyczek, que nos mereceu aqui mais referências⁴⁰. O que se mostra mais surpreendente, porém, é o TEDH não ter abordado frontalmente o problema da obrigatoriedade da vacinação à luz da CEDH, valendo-se do “local

³⁷ Veja-se o caso *Dubská e Krejzová c. República Checa*, n.ºs 28859/11 e 28473/12, de 15/11/2016, a respeito de partos em casa.

³⁸ *Parrillo c. Itália*, n.º 46470/11, de 27/08/2015.

³⁹ Inclusive, à luz do disposto nos artigos 5.º, 6.º e 26.º da Convenção de Oviedo (Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina).

⁴⁰ Na sua declaração de voto, o Juiz Wojtyczek suscita também uma questão de fundo, que se prende com a metodologia utilizada pelo Tribunal no domínio do ónus da prova, que considera que pode ter surpreendido os queixosos, e que aqui não se abordará.

de refúgio” proporcionado pela margem de apreciação dos Estados, rumo esse que, como acabámos de ver, é problemático.

O Tribunal recolheu no processo variados elementos a respeito da obrigatoriedade de vacinação, sobretudo provenientes dos Estados intervenientes como terceiro ao abrigo do artigo 36.º da CEDH. Recordemos alguns.

A França, como se referiu, em 2017, aumentou os limites máximos das penas de prisão, de 6 meses para dois anos, e de multa, de 3,750 para 30,000 euros, para os pais que não submetam os seus filhos às vacinas obrigatórias, e também estabelece condicionamentos no acesso escolar para crianças não vacinadas. E justifica-o com as obrigações positivas que impendem sobre os Estados nos domínios do direito à vida e à saúde daqueles que não podem ser vacinados. Segundo a posição do Governo francês, “[i]f vaccination were merely voluntary, it was clear that some would seek to benefit from the effect of herd immunity without exposure to the residual risk associated with vaccination. If such behaviour were to become widespread, it would inevitably cause a decrease in vaccination coverage and ultimately the reappearance of pathologies that were thought to be in decline”⁴¹.

A Alemanha, que estabelece a obrigatoriedade da vacinação apenas para o sarampo, sublinha que o dever de vacinação não significa vacinação coerciva: não há coação física – em rigor, ação administrativa direta subsidiária⁴². Também aqui “*vaccination duty is enforced indirectly by the threat of a penalty of up to EUR 2,500, which may be repeated under certain circumstances, and exclusion from educational institutions*”; e não há exceções justificadas pela liberdade religiosa ou de crença⁴³. Aliás, a não vacinação das crianças, observa o Governo alemão, prende-se sobretudo com questões de conveniência e de desleixo, o que é adequadamente resolúvel através da determinação da obrigatoriedade. Para a Alemanha, a aplicação de multas e a exclusão de crianças de estabelecimentos de ensino constitui uma “mera interferência indireta” na integridade pessoal⁴⁴.

Na Polónia, há vacinação infantil obrigatória há mais de sessenta anos, apoiada por poderes administrativos, assim como na Eslováquia, onde a sanção pelo incumprimento desse dever não ultrapassa os 331 euros mas não há exclusão de estabelecimentos escolares de qualquer espécie.

Ora, parece que terá razão precisamente o Tribunal Constitucional da Eslováquia quando afirma que a vacinação obrigatória conduz a um choque entre dois “princípios”

⁴¹ Cfr. § 214.

⁴² Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, p. 324.

⁴³ Cfr. § 216.

⁴⁴ Cfr. § 220.

constitucionais – proteção da saúde pública e respeito pela vida privada –, que não se resolve senão limitando fundamentalmente um deles⁴⁵. Na verdade, poderá mesmo haver uma colisão de direitos se se considerar a situação daqueles que não podem ser vacinados e que, portanto, carecem da imunidade de grupo para obter o efeito da vacinação.

O TEDH louva-se no princípio da subsidiariedade para afirmar que cabe às autoridades nacionais a responsabilidade primária de ponderar a necessidade de interferência no direito dos indivíduos ao respeito pela sua vida privada, nos termos do artigo 8.º da CEDH. Elas têm uma legitimidade democrática “direta” no tocante à proteção dos direitos humanos, e estão, em princípio, mais bem posicionadas para tal apreciação em razão do seu “contacto direto e contínuo com as forças vitais dos seus países”⁴⁶. E se a margem de apreciação dos Estados é variável em razão dos vários direitos e suas dimensões, a matéria de política de saúde está, em princípio, dentro dessa margem⁴⁷. Como o TEDH definitivamente sentencia, “[w]hile a system of compulsory vaccinations is not the only, or the most widespread, model adopted by European States, the Court reiterates that, in matters of health-care policy, it is the domestic authorities who are best placed to assess priorities, the use of resources and social needs. All of these aspects are relevant in the present context, and they come within the wide margin of appreciation that the Court should accord to the respondent State”⁴⁸.

VII. Todavia, não se vislumbra nenhum argumento decisivo no sentido de que a CEDH afaste terminantemente a conformidade da obrigatoriedade da vacinação. São várias as cláusulas justificativas de restrição presentes no artigo 8.º(2) que permitem acomodá-la, podendo ademais ser convocadas obrigações decorrentes de outros direitos convencionalmente garantidos para o suportar (é o argumento da França).

Do mesmo modo, os exemplos anteriormente fornecidos mostram que várias ordens jurídicas europeias aceitam a conformidade constitucional da vacinação obrigatória, com o limite da designada “vacinação forçada” (e independentemente de condições específicas que possam ser exigidas pelas constituições nacionais).

Em Portugal, não parece que os termos do problema sejam distintos. Muito embora não seja este o momento para tais desenvolvimentos, note-se que tem sido sustentado que a Constituição – e em particular o direito à integridade pessoal garantido pelo artigo 25.º – não impede “deveres públicos dos cidadãos que se

⁴⁵ Cfr. § 229.

⁴⁶ Cfr. § 273.

⁴⁷ *Hristozov e Outros c. Bulgária*, n.ºs 47039/11 e 358/12.

⁴⁸ Cfr. § 285.

traduzam em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (*v.g.*, vacinação, colheita de sangue para testes alcoolémicos, etc.)”, contanto que “a obrigação não comporte a execução forçada (sem prejuízo de punição em caso de recusa (...))”⁴⁹. Aliás, parece estar ainda em vigor o Decreto-Lei n.º 44198, de 20/02/1962, que estabelece o regime de obrigatoriedade da vacinação antidiftérica e antitetânica⁵⁰.

VIII. Em suma, o TEDH poderia ter defrontado diretamente o problema da obrigatoriedade da vacinação, situando-o devidamente no plano da CEDH, e ainda que fizesse uso do princípio *jura novit curia*. O Tribunal aproxima-se até de tal percurso quando, tendo por contexto específico a proteção do superior interesse das crianças, afirma que “*where the view is taken that a policy of voluntary vaccination is not sufficient to achieve and maintain herd immunity, or herd immunity is not relevant due to the nature of the disease (e.g. tetanus), domestic authorities may reasonably introduce a compulsory vaccination policy in order to achieve an appropriate level of protection against serious diseases*”⁵¹. Mas trata-se de uma afirmação que, muito embora possa deixar entrever uma pretensão de aplicação geral – e que, no caso em apreço vai também justificar as medidas concretas em discussão, designadamente, a aplicação da sanção ao Sr. Vavříčka e a não admissão das crianças em estabelecimentos de educação pré-escolar – surge ainda no contexto na sustentação da margem de apreciação dos Estados.

O Tribunal chega mesmo a afirmar: “*The Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practised protective measure, as a*

⁴⁹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 456. Os Autores remetem, a respeito do impedimento constitucional da execução forçada, para o Ac. TC n.º 616/98. Veja-se também, por exemplo, o Ac. TC n.º 228/2007, que julgou “inconstitucional, por violação do disposto nos artigos n.ºs 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita”.

⁵⁰ E certas normas no ordenamento jurídico pareciam pressupor justamente esta obrigatoriedade: os Ac. TC n.º 390/93 e 479/94 davam por assente que “o art. 22º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro, considera como um dos requisitos gerais de admissão a concurso no âmbito da função pública o candidato possuir “a robustez física e o perfil psíquico indispensáveis ao exercício da função e ter cumprido as leis de vacinação obrigatória”, deixando de fazer referência ao requisito de “não sofrer de doença contagiosa, particularmente de tuberculose evolutiva ou contagiosa”, como sucedia com o precedente art. 24º, n.º 3, al. f), do Decreto-Lei n.º 44/84, de 3 de Fevereiro”.

⁵¹ Cfr. § 288.

matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination”⁵². Mas a contextualização dada pela margem de apreciação autolimita-o, designadamente, para uma apreciação de fundo acerca das condições da obrigatoriedade e da sua implementação – à luz da Convenção.

Como se viu, a possibilidade de ação administrativa direta subsidiária (vacinação fisicamente forçada ou “*vaccination to be forcibly administered*”) parece constituir uma “linha vermelha” para o Tribunal, à luz do princípio da proporcionalidade, assim como sanções pecuniárias que não possam considerar-se moderadas (“*unduly harsh or onerous*”) ⁵³. Mas este aspeto não é desenvolvido nem objeto de uma determinação jurisprudencial de critérios porque, à luz da conformação do caso e no “refúgio” da margem de apreciação, tal não é necessário.

Por outro lado, a existência de mecanismos compensatórios para quem sofra danos causados pela toma de uma vacina obrigatória é relevante para o TEDH no que respeita ao juízo sobre a proporcionalidade de uma tal medida. Como o próprio Tribunal afirma, “[t]he Court observes, as a general proposition, that the availability of compensation in case of injury to health is indeed relevant to the overall assessment of a system of compulsory vaccination (...)”⁵⁴. Resta saber se o TEDH se basta com a existência de um regime geral de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, ou se exigirá mais do que isso⁵⁵: há sinais neste último sentido, mas, mais uma vez, o contexto escolhido dispensou o Tribunal de ir mais além também quanto a este aspeto.

6. Observações finais no contexto específico da pandemia Covid-19

Tendo em conta o atual contexto respeitante ao combate à pandemia Covid-19, é normal que se olhe o caso *Vavříčka & Outros c. República Checa* na perspetiva de compreender o posicionamento do TEDH no tocante à matéria da vacinação para daí extrair *standards* quanto ao eventual estabelecimento da sua obrigatoriedade nesse contexto particular. Mas é no mínimo duvidoso que este caso o permita com alguma segurança.

⁵² Cfr. § 306.

⁵³ Cfr. § 293.

⁵⁴ Cfr. § 302.

⁵⁵ Como o Tribunal assinala, “*the Court recalls that it has previously examined a case in which the issue of compensation for damage to health caused by vaccination arose, although the vaccine in question was one that was recommended rather than compulsory in the country concerned (see Baytuire and Others, cited above, §§ 28-30)*”.

Como se viu, o Tribunal delimita o caso de modo a restringir o seu potencial de precedência, o que constitui uma primeira dificuldade. Aliás, quanto a este aspeto é relevante a diferenciação entre cada vacina (e cada doença que a mesma previne ou atenua), pois o risco e implicações são altamente variáveis e, com isso, a justificação para ingerências ao abrigo do artigo 8.º(2) da CEDH. Em particular no tocante à Covid-19, dado que as vacinas são recentes e que estão ainda em curso avaliações quanto aos seus efeitos secundários, é de admitir que o TEDH concedesse relevância a situações de “*very rare but undoubtedly very serious risk to the health of an individual*”, o que implica, segundo o Tribunal, uma constante monitorização das vacinas em uso e uma aturada avaliação de cada indivíduo⁵⁶, que pode não ser possível no futuro próximo, e assim pontificar em desfavor da admissibilidade da obrigatoriedade.

Por outro lado, no caso em questão, o TEDH analisou aspetos de Direito da União Europeia⁵⁷ que, revelando uma posição da UE quanto à importância das políticas de vacinação, não permitiram concluir que daí advenha um impulso ou favorecimento quanto à sua obrigatoriedade. Não é seguro, todavia, que o Direito da União Europeia seja neutro quanto a este aspeto, dadas as possíveis implicações restritivas ou condicionantes das tradicionais “quatro liberdades” e o próprio regime da Carta dos Direitos Fundamentais. É possível que, no futuro, se a questão da obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 vier a colocar-se, a mesma venha a ser relevante tanto em sede de Direito da União Europeia como para efeitos da CEDH; e nessa altura o TEDH poderá ver-se confrontado com o problema da compatibilização de ambos os sistemas, o que, como é sabido, suscita dificuldades⁵⁸, e pode em parte justificar alguma cautela preventiva que o TEDH revelou no caso em apreço.

De todo o modo, não parece que possa identificar-se no acórdão *Vavříčka & Outros c. República Checa* qualquer argumento decisivo de princípio que, à partida, permita presumir que o TEDH viesse a considerar uma eventual obrigatoriedade de vacinação contra a Covid-19 como contrária à CEDH, ou fora da margem de apreciação dos Estados, sem prejuízo de as condições particulares dessa imposição poderem, a final, determinar juízo oposto.

⁵⁶ Cfr. § 301.

⁵⁷ Cfr. § 144 ss.

⁵⁸ Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO / RUI GUERRA DA FONSECA, “A ‘*doutrina Bosphorus*’ e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, Tribunal Constitucional, II, Almedina, 2019, pp. 573 ss., e bibliografia aí citada a respeito da questão da (não) adesão da União Europeia à CEDH.