

Reflexões sobre implicações da vacinação contra SARS CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças

Maria de Fátima Estudante Morgado Silva
(Juiz de Direito)

*«Fantasia é o impossível tornado provável.
Ficção científica é o improvável tornado possível.»
Rod Serling, “Além da Imaginação”*

Palavras-chave: responsabilidades parentais; questões de particular importância; autonomia da vontade; direito à saúde; consentimento informado; vacinas; vacina contra SARS-CoV -2.

Introdução

Vivemos tempos em que a ficção se tornou realidade¹. A 11 de março de 2020, Tedros Ghebreyesus, diretor geral da OMS, declarou a doença Covid-19 pandemia. De forma repentina e abrupta o vírus tornou-se imparável e indomável, provocando danos à escala mundial impensáveis. Decorridos cerca de 10 meses, o número de mortos causados pela doença ascende a mais de 2 milhões. Neste cenário dantesco, a vacinação surge como uma luz de esperança. O processo de vacinação teve início nos países da União Europeia a 27/12/2020. Ao invés do que ocorreu com as demais vacinas, neste caso, não se iniciou pelas crianças. De fato, estão ainda em curso ensaios quanto à vacinação contra a Covid-19 em crianças. Na decorrência desses estudos e ainda que a covid-19 venha a médio prazo a reverter de pandemia para doença endêmica, irá colocar-se a questão da vacinação

¹ Entre o filme “Contágio”, de ficção, dirigido por Steven Soderbergh, 2011, e a atual pandemia, as semelhanças são gritantes.

das crianças e jovens a nível global. Nessa sequência, os tribunais virão a ser chamados para dirimir os conflitos entre os progenitores (ou outros guardiões) no que se refere à vacinação das crianças. Ao momento em que escrevemos, Israel começou já a vacinar os jovens entre os 16 e os 18 anos de idade. Com o presente texto visa-se antever questões no âmbito tutelar cível, suscitar a reflexão dos operadores judiciais e modestamente propor caminhos pragmáticos de análise.

I - Abordagem da problemática da vacinação

1. Enquadramento histórico

«O leigo racional reconhece que o seu próprio juízo, sem informação que resulte de formação e inquérito, é racionalmente inferior ao do especialista (e ao da comunidade de especialistas em nome da qual o especialista geralmente fala) e consequentemente pode ser sempre racionalmente impugnado.»

John Harwig (criticanarede.com/filos_epis.html)

Um dos maiores fascínios da jurisdição da família e das crianças é a intercorrência de saberes. Ao jurista que se imiscui em área diversa do conhecimento cabe reconhecer a dependência epistémica, em suma, a sua dependência face ao saber de outros, supra sintetizada pelo filósofo e professor John Harwig.

Feito este reparo prévio², ao longo da história sucederam-se epidemias, sendo relativamente recente a resposta eficaz da ciência às mesmas. Por exemplo, já no império romano se registaram sustos de varíola³; muitos séculos antes, no século XIII, esta doença já se havia manifestado na China. A doença dizimou aos milhares na América Latina no século XVI (levada pelos colonos). Além da elevada taxa de mortalidade provocava sequelas graves, como a cegueira e a desfiguração

² Com correspondente apelo à indulgência do leitor quanto ao que se exporá fora do nosso âmbito de formação.

³ Nos Açores, no ano de 1656, na Ilha Terceira, uma epidemia de varíola atingiu praticamente todas as crianças com menos de 15 anos de idade e literalmente dizimou aquelas com menos de 3 anos (www.pt.wikipedia.org).

do rosto. E só em 1798 foi descoberta a vacina contra a varíola, por Edward Jenner. A partilha do saber felizmente já ocorreu naqueles tempos. Poucos anos depois, o médico espanhol Francisco Berenguer⁴ organizou a “real expedição filantrópica da vacina”, fazendo chegar a vacinação àquele continente e outras paragens. À data inexistiam sistemas de refrigeração que permitissem o transporte da vacina em tempo de vida útil da mesma, pelo que o médico concebeu um sistema audacioso, através de 22 crianças que foram expostas ao vírus e às quais foi ministrada sucessivamente a vacina, durante os meses que a travessia por barco demorou de Espanha à América Latina. É certo que atualmente seria inconcebível usar crianças como cobaias, mas à data foi a forma de pôr termo aos surtos de varíola. A varíola veio a ser declarada erradicada pela OMS a 8/5/1980⁵.

A influenza, também denominada “gripe espanhola”, na 1ª década do sec. XX espalhou-se pelo mundo, dizimando mais pessoas do que a 1ª Guerra Mundial. Em Portugal, entre 1918 e 1919 causou cerca de 100.000 óbitos, dos quais 55% foram de jovens entre os 15 e os 39 anos de idade⁶.

A poliomielite está próxima da erradicação. Em 1988 era endémica em 125 países; em 2008 mantinha-se endémica apenas em 4 países (Afeganistão, Paquistão, Índia e Nigéria) e em 2017 a Índia saiu daquele grupo, sendo a instabilidade dos restantes 3 países a causa do adiamento da erradicação da doença⁷.

O sarampo constitui um exemplo paradigmático da necessidade de conjugar um esforço global de vacinação, sob pena de retrocesso no seu combate. Refere um

⁴ Francisco Javier Balmisy Berenguer (nascido em Alicante a 1753 e falecido em Madrid a 1819) foi o inspirador da filantropia como ajuda humanitária.

⁵⁵ As referências à OMS, à ONU e à UNICEF podem ser encontradas nas respetivas páginas oficiais na internet (www.un.org); (www.who.int); (www.unicef.org). Todas as páginas de internet a que se faz referência no texto foram consultadas entre 2/1/2021 e 26/1/2021.

⁶ Sequeira, Álvaro, “A pneumónica”, História da Medicina (www.spmi.pt). Explicita o autor que, destes cerca de 100.000 óbitos, 55.700 estão devidamente classificados na certidão de óbito como tendo por causa a pneumónica e os restantes são-lhe atribuídos, ainda que os registos não o refiram claramente.

⁷ Dados colhidos na página web da OMS.

provérbio árabe: conta os teus filhos só depois de o sarampo passar. A sagacidade deste provérbio é ilustrada pela estimativa da UNICEF de que a vacina contra o sarampo evitou a morte de cerca de 23 milhões de crianças entre os anos 2000 e 2018. Em 2018 e 2019 ocorreram ainda surtos de sarampo no Brasil e na Europa. De tal modo que países onde era considerada erradicada foram retirados dessa categoria, como o caso da Albânia, da República Checa, da Grécia e do Reino Unido. O ressurgir da doença ocorreu por virtude da correspondente vacinação de crianças ter diminuído, por opção dos pais⁸.

Malogradamente, à exceção da varíola, as restantes doenças provocadas por vírus e que se tornaram endémicas ainda não foram erradicadas. Na batalha contra agentes infecciosos foram surgindo vacinas e antibióticos. Porém, a realidade está em permanente alteração, quer por mutações que os vírus vão sofrendo, ressurgindo por vezes com maior intensidade, ou por novos agentes infecciosos que surgem. Exemplo impar é o vírus HIV, vírus de origem animal que afeta os humanos e cuja doença, SIDA, identificada nos anos 80, não tem ainda vacina ou cura definitiva.

A OMS declarou o período temporal de 2011/2020 como a década das vacinas. Nesse âmbito, o “Global Vaccine Action Plan 2011/2020”, que envolveu 194 países, tinha como principais finalidades: estender o programa de vacinação a todas as pessoas, estimando que, em 2020, 90% da população mundial devia estar vacinada; erradicar a poliomielite; reduzir a mortalidade infantil. Para o efeito, salientava a responsabilidade de cada pessoa, da comunidade e dos Estados⁹.

Ainda não se havia completado a “década das vacinas” e surgiu um novo vírus, SARS-CoV-2, que pela sua velocidade de transmissão, mortalidade correspondente, impacto na sociedade e economia global veio questionar o saber adquirido e modificar drasticamente as nossas vidas.

⁸ Recorda-se que em 2017 ocorreu o óbito de uma jovem de 17 anos, de Sintra, que foi infetada e não estava vacinada contra o sarampo – vide notícia «Morreu jovem de 17 anos que estava internada com sarampo», jornal *Público*, de 20/4/2017.

⁹ Ao momento que escrevemos ainda não se encontra disponível o balanço deste programa.

2. SARS-CoV-2, Covid-19 e correspondentes vacinas

«A homeostasia sabe como brincar ao gato e ao rato, e, por vezes, nós também.»

António Damásio, “A Estranha Ordem das Coisas”

A vacinação até ao momento mostrou-se um eficaz instrumento de prevenção primária de doenças infecciosas e com melhor relação custo-eficácia. É reconhecido que tem o maior impacto na saúde pública, logo a seguir ao fornecimento de água potável. Como conclui a Comissão Europeia, “A imunização das pessoas através da vacinação é a melhor defesa contra doenças contagiosas graves preveníveis, que, por vezes, são mortais.”¹⁰

A comunidade científica, de forma pronta, assertiva e conjugada, respondeu ao grande desafio colocado pelo SARS-CoV-2. Como sabemos, em apenas alguns meses surgiram vacinas, que vieram a ser aprovadas pela comunidade científica e apesar do grande esforço quanto à sua produção em massa e especiais cuidados de distribuição, encontram-se já a ser administradas em parte significativa do mundo. No caso da União Europeia, no âmbito de uma ação conjunta dinamizada pela Comissão Europeia, o início da vacinação nos Estados Membros ocorreu a 27/12/2020.

Não obstante, ainda não se pode concluir que o gato apanhou o rato. Muitas questões ainda estão em aberto¹¹. Desde logo, pelas dúvidas subsistentes quanto à tecnologia inovadora usada nestas vacinas e pelas frequentes mutações do vírus. Assim, vão surgindo novas estirpes do vírus, como a detetada no Reino Unido¹², a

¹⁰ In (ec.europa.eu/health/vaccination/overview.pt).

¹¹ Uma das dúvidas prende-se com os riscos a longo prazo das vacinas, uma vez que a tecnologia ARN mensageiro ora utilizada nunca havia sido experimentada em humanos – vide «É segura a vacina da Pfizer e da Biontech?», *Courrier Internacional* (Portugal), janeiro de 2021.

¹² Que se difundiu, sendo que a 21/1/2021 ascendia a 30% dos casos detetados em Lisboa, segundo notícia do jornal *Expresso* desse dia.

detetada na África do Sul e o caso da ora rastreada em Manaus (Brasil), esta última já considerada mais rápida, grave e letal entre os jovens¹³.

3. Vacina contra SARS-CoV-2 e crianças

No cardápio das vacinas anteriores, a vacinação tinha início nas crianças. No caso do vírus Sars-Cov-2 e das correspondentes vacinas já disponíveis¹⁴, não é assim, nem as crianças constituíram grupo prioritário. Aliás, encontram-se ainda a decorrer testes quanto à vacinação nas crianças. É o caso da Sinovac e da CanSino Biologics, na China, que iniciou testes a crianças entre os 3 e os 17 anos de idade e da Pfizer, nos EUA, cujos ensaios clínicos incluem agora crianças a partir dos 12 anos de idade¹⁵. Por enquanto, o Centro de Prevenção e Controlo de Doenças dos EUA não incluiu as crianças nas vacinas já aprovadas.

E porquê está diferença? A razão prende-se com o sistema imunitário das crianças, o qual difere do dos adultos¹⁶. E ademais, porque ministrar vacinas a crianças (bem como a grávidas) pressupõe certeza quanto à sua segurança e eficácia.

«É unanimemente reconhecida a maior susceptibilidade das crianças às infecções víricas em geral (por imaturidade do seu sistema imunitário), daí a importância das chamadas doenças exantemáticas da infância (sarampo, rubéola, varicela, etc.), que só entraram em regressão com o recurso à profilaxia pelas vacinas¹⁷». Mas, quanto às vacinas ora em causa, pelas suas especificidades, as

¹³ In (www.noticias.uol.com.br), de 19/1/2021.

¹⁴ Respetivamente da Pfizer-BioNTech, da Oxford-Astra Zeneca, da Moderna, da Gamaleya (Sputnik V), da Sinovac (Coronav).

¹⁵ Vide *Observador*, de 18/12/2020; artigo “Vacina da Sinopharm é segura para crianças e adolescentes, diz mídia chinesa”, de 15/1/2021, in (www.cnnbrasil.com.br) e “Clinical trials in children”, in (www.pfizer.com/Science/Clinical-trials/children).

¹⁶ Dr. Anthony Fauci, diretor do Instituto dos EUA de Alergias e Doenças Infeciosas, in (www.noticiasaoiminuto.com), a 29/11/2020.

¹⁷ Morais, David de, “Surtos epidémicos ocorridos em Portugal na primeira metade do século XX: abordagem histórico-epidemiológica. II- Variola”, História da Medicina (www.spmi.pt).

opiniões dos especialistas divergem quanto à vacinação das crianças contra esse vírus. As notícias seguintes ilustram as dúvidas persistentes.

O epidemiologista Manuel do Carmo Gomes, membro da Comissão Técnica de Vacinação (CTV), ao jornal Público de 18/11/2020, afirmava:

«Na minha opinião as crianças não são claramente um grupo prioritário para esta doença. Sei que é um pouco estranho para quem está habituado a trabalhar com vírus respiratórios, em que as crianças são as mais suscetíveis à infeção, as que mais transmitem e o principal foco de transmissão. Mas obviamente não é isso que se passa com esta doença.»

No que se refere às anteriores vacinas, explicitava este especialista¹⁸:

«É muito importante que a vacinação se inicie muito cedo na vida porque um recém-nascido fica imediatamente sujeito a infeção. Embora nasça com algumas defesas herdadas da mãe através da placenta, estas defesas em geral perdem-se ao fim de poucas semanas, deixando-o desprotegido e com um sistema imunitário muito imaturo e “ingénuo”. As idades escolhidas para o início da vacinação (15 meses e 12 meses desde 2012) são determinadas com base em estudos do decaimento dos anticorpos herdados da mãe pelo bebé. Este deve ser vacinado o mais cedo possível, mas não deve ser vacinado quando há ainda anticorpos maternos em circulação porque estes bloqueiam o efeito da vacina. (...)»

As crianças não vacinadas, se existirem em quantidade suficiente, podem ser suficientes para alimentar a cadeia de transmissão sustentadamente, por outras palavras, originar uma epidemia.»

Na revista Visão de 4/11/2020 era referido que vacinar crianças contra SARS-CoV-2 é relevante para que possam ter melhor imunidade a longo prazo e para contribuir para a imunidade de grupo. Salientava-se ainda que, sem a vacinação das mesmas e pela possibilidade de pouca adesão da restante população à

¹⁸ In (www.sapo.pt), a 20/4/2017.

vacinação, a desejada imunidade de grupo não seria atingida. Este receio é expresso também pelo Professor Wesley Kufel¹⁹ deste modo:

«Se não houver vacina disponível, as crianças provavelmente servirão como reservatório do vírus, dificultando o fim da pandemia.»

Com efeito, de acordo com a OMS, quando a taxa de vacinação é inferior a 95% da população, não está garantida a possibilidade de erradicação da doença. Refere ainda aquele Professor que a vacinação permite um retorno mais seguro das crianças à escola e às demais atividades extra-escolares.

4. Crianças infetadas por SARS- CoV-2 e com Covid-19

Segundo o relatório da DGS de 27/1/2021²⁰, dos 668.951 casos confirmados de infeção em Portugal, cerca de 40.000 englobavam-se na faixa etária até aos 9 anos de idade e cerca de 60.000 na faixa etária dos 10 aos 19 anos de idade. Nas referidas faixas etárias não eram assinalados óbitos. A 21/1/2021 encontravam-se internadas no Hospital D. Estefânia 4 crianças com doença grave provocada por este vírus²¹.

Face às dúvidas ainda existentes quanto à forma como o vírus afeta a saúde das crianças, à sua aparente maior capacidade de transmissão do vírus e por outro lado, a sua maior resiliência ao mesmo, a comunidade científica ainda não apresenta conclusões que permitam uma abordagem esclarecida quanto à vacinação das crianças. Mas os vários estudos de caso em curso mostram já claramente que a infeção de crianças por SARS-CoV-2 não pode ser desvalorizada.

Pode ler-se na Revista Science, de 15/1/2021:

¹⁹ Professor da Universidade Estadual de Nova York, citado in (www.projetocolabora.com.br).

²⁰ Relatório da situação nº 331, in (www.covid19.min-saude.pt).

²¹ *Jornal da Tarde*, RTP3, de 21/1/2021. É de salientar a preocupação do Hospital em tornar o ambiente o mais acolhedor possível a estas crianças, possibilitando a presença dos pais, que podem ficar “internados” no hospital com os filhos.

«Even in a younger population, SARS-CoV-2 is harmful and deadly. The growing evidence of long COVID and its long-lasting multisystem effects indicates that there may be substantial morbidity after infection. Although the risk of long COVID seems to increase with age, recent reports of multisystem disease and long COVID among children suggest that the risk in younger age groups cannot be overlooked. This highlights the risks associated with exposing large swaths of the population to a virus that is still not fully understood. Strategies for suppression of COVID-19 should not focus only on older people or those with comorbidities, but rather on the entire population, given the substantial impact of unmitigated infection on the health of all groups and the economic impacts of poor health among these groups on society as a whole.»

Maria João Brito, infeciologista pediátrica no Hospital D. Estefânia, afirmou²²:

«Nós pensávamos que esta doença não era grave em crianças e não é isso que está a acontecer. Nós temos crianças em estado grave, noutros países também já há relatos de crianças com gravidade e, embora as taxas de mortalidade sejam muito mais baixas, existem relatos de mortalidade infantil com este vírus». Acrescentou ainda que a gravidade da doença «não tem bem a ver com a idade: miúdos saudáveis podem ser contagiados e ficar em estado grave». E quanto ao internamento no serviço de infeciologia, informou que «é permitido que o pai ou a mãe acompanhe as crianças, para que não se sintam tão sozinhas.»

O jornal Observador, de 12/11/2020, dava nota de que:

«Há uma nova síndrome rara estreitamente relacionada com a infeção com o novo coronavírus, que afeta crianças e adolescentes que testam positivo ao SARS-CoV-2. Chama-se MIS-C, o que pode ser traduzido para português para algo como “síndrome inflamatória multi-sistema em crianças” e nos EUA há registo de 20

²² Fonte: (www.executivedigest.sapo.pt), de 31/3/2020.

mortes de pessoas que desenvolveram esta síndrome desde o início da pandemia da Covid-19.»

E aditava que, àquela data, 8 crianças em Lisboa apresentavam MIS-C.

Uma das dúvidas prendia-se com o risco de transmissão do vírus por grávidas infetadas ao recém-nascido. Na imprensa foram sendo divulgados casos, como: no Perú, um recém-nascido foi infetado pela mãe, esteve 70 dias nos cuidados intensivos e curou-se; também no Perú, um bebé prematuro, contagiado pela mãe, permaneceu internado 4 meses após o nascimento; em Espanha um bebé foi contagiado pelo irmão assintomático, tendo de ser internado aos 9 dias de idade; na Irlanda as gémeas Ava e Amélia nasceram saudáveis, tendo a mãe estado em coma induzido devido a infeção pelo vírus; em Portugal, uma grávida ficou infetada às 27 semanas de gravidez, esteve ventilada e em coma induzido, ambos infetados e correndo ambos risco de vida, depois do nascimento e da alta da mãe, o bebé ainda esteve internado mais 1 mês.

Nos EUA, o estudo “JAMA Pediatrics”²³, do Centro Médico da Universidade de Columbia e do Hospital Pediátrico Morgan Stanley (Nova Iorque), analisou 101 bebés, nascidos em 2 hospitais da cidade, de mães com Covid-19, entre 13/3 e 24/4/2020.

O estudo, da responsabilidade de investigadores do Hospital Pediátrico e do Hospital Geral de Massachusetts, Estados Unidos, refere²⁴:

«Os resultados da investigação demonstraram que as crianças infetadas têm um nível significativamente mais elevado de vírus nas vias respiratórias do que os adultos hospitalizados nas Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) para tratamento de Covid-19.»

O estudo “Evidance of thrombotic microangiopathy in children with SARS-CoV-2 across the spectrum of clinical presentations”²⁵ debruçou-se sobre a elevada

²³ In (www.jamanetwork.com).

²⁴ Fonte: *Lusa*, 20/8/2020 (www.lusa.pt).

²⁵ Disponível em (www.ashpublications.org), com data de 8/12/2020.

percentagem de crianças com o vírus que apresentavam critérios clínicos de microangiopatia trombótica²⁶.

Para além das razões de saúde em si, o encerramento das escolas, na maioria dos países, veio enfatizar a questão da vacinação das crianças.

No ano 2020, o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU) alertou para uma “catástrofe geracional” devido ao encerramento das escolas forçado pela pandemia de Covid-19, que afectou mais de mil milhões de crianças em todo o mundo. No dia 24 de janeiro, Dia Internacional da Educação, António Guterres afirmou que o encerramento das escolas e a interrupção causada pela Covid-19 afeta a todos, especialmente alunos, professores e famílias dos estudantes. Salientava que, em 2020, a pandemia, com a suspensão e fecho de escolas, afetou 1,6 biliões de estudantes, em mais de 190 países e com a segunda fase de contaminações em massa pelo vírus, cerca de 1 bilião de alunos continuam afetados²⁷. Como sabemos, tal tem custos que vão além do curto prazo, desde logo, a conexão com a pobreza e precariedade económica, sendo a escolaridade um dos principais elevadores sociais (basta relembrar a discussão recente em Portugal sobre o fecho das escolas).

Nestas circunstâncias, além do reportado quanto à China, a Pfizer começou o ensaio clínico em crianças em outubro último, a AstraZeneca incluiu nas fases 2 e 3 dos testes, no Reino Unido, crianças entre 5 e 12 anos de idade e a Moderna anuncia que irá testar a vacina em crianças entre 12 e 18 anos de idade ²⁸. Dando um passo em frente, Israel tornou-se o 1º país a vacinar jovens contra o SARS-Cov-2²⁹.

²⁶ Doença oclusiva vascular, causa isquemia cerebral e falência de outros órgãos, como os rins.

²⁷ In (www.news.un.org).

²⁸ “Clinical trials in children”, in (www.pfizer.com/science/clinical-trials/children; tecmundo.com.br).

²⁹ Ver ponto III-2.

5. Programa Nacional de Vacinação

A história da vacinação em Portugal remonta a 1799, com a vacina contra a varíola, ministrada no Hospital Real. Em 1894 foi tornada obrigatória e em 1952 foi erradicada a doença. Data de 1965 o 1º Plano Nacional de Vacinação. O plano foi sendo adaptado ao surgimento de outras vacinas, como a da poliomielite, do sarampo, do HPV (2008) até à última introduzida, contra a meningite (2015). O PNV evoluiu de acordo com fatores epidemiológicos e tecnológicos. Sobre esta dinâmica, referia a especialista Ana Leça³⁰:

«Há uma diferença substancial entre os motivos que levam à prescrição de uma vacina a nível individual e a prova dos seus benefícios para a saúde pública e ganhos decorrentes da sua inclusão no Plano Nacional de Vacinação.»

Em 2017 a taxa de cobertura vacina global era superior a 90%. O PNV português é gratuito, universal, visa a proteção individual e a saúde todos em geral. A vacinação não é obrigatória, é uma recomendação. Porém, é considerada um direito fundamental (direito à saúde) e um dever de todos. A última versão do PNV é a que resulta do quadro seguinte.

³⁰ Membro da Comissão Técnica de Vacinação, em entrevista ao jornal *Público*, a 12/4/2015, (www.publico.pt).

Programa Nacional de Vacinação em Portugal *											
	Nasci-mento	2 meses	3 meses	4 meses	5 meses	6 meses	12 meses	18 meses	5 anos	10 anos	25, 45 e 65 a e depois d 10/10 ano
Hepatite B	VHB 1	VHB 2				VHB 3					
Infeções por Haemophilus influenzae b		Hib 1		Hib 2		Hib 3		Hib 4			
Difteria-Tétano-Tosse convulsa		DTPa 1		DTPa 2		DTPa 3		DTPa 4	DTPa 5	Td	Td (Tdpa na grávidas
Poliomielite		VIP 1		VIP 2		VIP 3		VIP 4	VIP 5		
Infeções por Streptococcus pneumoniae		Pn 13 1		Pn 13 2			Pn 13 3				
Infeções por Neisseria meningitidis C							MenC				
Infeções por Neisseria meningitidis B		MenB 1		MenB 2			MenB 3				
Sarampo-Parotidite epidémica-Rubéola							VASPR 1		VASPR 2		
Infeções por vírus do Papiloma humano 9										HPV 1,2	

* DGS, atualizado em Outubro/2020, disponível em www.dgs.pt

Ilustrando este evoluir, em 2020, as principais alterações ao PNV consistiam em:

- Alargamento a todas as crianças, aos 2, 4 e 12 meses de idade, da vacinação contra doença invasiva por *Neisseria meningitides* do grupo B (vacina *MenB*).
- Alargamento ao sexo masculino, aos 10 anos de idade, da vacinação contra infeções por vírus do Papiloma humano (vacina *HPV*), incluindo os genótipos causadores de condilomas ano-genitais.
- Administrar a vacina contra rotavírus a grupos de risco a partir de dezembro de 2020.

O PNV é gerido pela Direção Geral de Saúde. Pela Portaria nº 243/2013, de 22/4, foi criada a Comissão Técnica de Vacinação, grupo consultivo, com composição multidisciplinar, com funções principais de dar parecer sobre o PNV e acompanhar estudos de vacinação. Estas funções foram ampliadas no atual quadro pandémico. Com efeito, por Despacho da Diretora Geral de Saúde, n.º 12/2020, de 4/11 (tendo por base a Resolução do Conselho de Ministros nº 64-A/2020, de 20 de agosto) foi determinado:

“1. A CTVC tem como funções:

- a) Dar parecer técnico sobre a(s) estratégia(s) de vacinação COVID-19 a adotar;
- b) Recomendar grupos-alvo da vacinação COVID-19 e a sua priorização;
- c) Dar parecer técnico sobre as vacinas COVID-19 que forem sendo disponibilizadas no mercado nacional e internacional;
- d) Propor e acompanhar o desenvolvimento de estudos sobre a vacinação e as vacinas COVID-19 utilizadas em Portugal;
- e) Pronunciar-se sobre as necessidades de formação e respetiva metodologia na área da vacinação COVID-19;
- f) Aconselhar medidas de exceção, em termos de vacinas ou vacinação COVID-19, em circunstâncias que o justifiquem”.

Nessa sequência, foi decidido:

“Segundo o plano de vacinação, que pode sofrer alterações em função da evolução do conhecimento científico e das indicações e contra-indicações que venham a ser aprovadas pela Agência Europeia de Medicamentos, a estratégia de vacinação será a seguinte:

- *Fase 1*
 - *A partir de dezembro de 2020:*
 - Profissionais de saúde envolvidos na prestação de cuidados a doentes

- Profissionais das forças armadas, forças de segurança e serviços críticos
- Profissionais e residentes em Estruturas Residenciais para Pessoas Idosas (ERPI) e instituições similares
- Profissionais e utentes da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI).
 - *A partir de fevereiro de 2021:*
 - Pessoas de idade ≥ 50 anos, com pelo menos uma das seguintes patologias:
 - Insuficiência cardíaca
 - Doença coronária
 - Insuficiência renal (Taxa de Filtração Glomerular $< 60\text{ml/min}$)
 - (DPOC) ou doença respiratória crónica sob suporte ventilatório e/ou oxigenoterapia de longa duração
- *Fase 2 (a partir de abril de 2021):*
 - Pessoas de idade ≥ 65 anos (que não tenham sido vacinadas previamente)
 - Pessoas entre os 50 e os 64 anos de idade, inclusive, com pelo menos uma das seguintes patologias:
 - Diabetes
 - Neoplasia maligna ativa
 - Doença renal crónica (Taxa de Filtração Glomerular $> 60\text{ml/min}$)
 - Insuficiência hepática
 - Hipertensão arterial
 - Obesidade
 - Outras patologias com menor prevalência que poderão ser definidas posteriormente, em função do conhecimento científico

- *Fase 3 (em data a determinar após a conclusão da segunda fase):*
 - Toda a restante população elegível, que poderá ser igualmente priorizada.³¹

Cabe salientar que entre a “restante população elegível” ainda não se encontram as crianças, o que era justificado pela DGS por até ao momento não existirem dados suficientes para recomendar a vacinação a crianças e a grávidas.

Sem embargo da cooperação desenvolvida entre os Estados Membros da União Europeia e do papel fulcral que a Comissão Europeia tem desempenhado (como na aquisição de vacinas contra a SARS-CoV-2), cabe a cada Estado estabelecer o seu plano de vacinação.

II- Enquadramento jurídico

1. Preceitos fundamentais

De forma a cumprir o desiderato deste texto, cabe relembrar conceitos jurídicos que nos servirão de enquadramento. Estão em causa as responsabilidades parentais e o seu exercício no âmbito da delimitada questão de saúde e ainda os deveres do Estado correlacionados.

Iniciando pela Constituição da República Portuguesa (CRP), o art. 9º, al. d) elenca como uma das tarefas fundamentais do Estado:

“Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.”

³¹ In Plano de Vacinação (www.covid19.min-saude.pt).

No Título III, Capítulo II, Direitos e Deveres Sociais, o art. 64º consagra o direito à saúde.

No que tange aos deveres do Estado, inclui ainda o artigo 9º da CRP, na al. b):

“garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático.”

Especificamente quanto à proteção da família, inserido no Título II, Direitos, liberdades e garantias, Capítulo I, Direitos, liberdades e garantias pessoais, dispõe o art. 36º da CRP (família, casamento e filiação) consagra o direito de constituir família, bem como o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos.

O Princípio IV da Declaração dos Direitos da Criança (proclamada por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1959) estabelece que a criança deve poder crescer e desenvolver-se de maneira sã, devendo ser-lhe assegurados cuidados especiais, como alimentação, alojamento, recreio e cuidados médicos.

Por seu turno, a Convenção dos Direitos da Criança³², no seu art. 24º, dispõe:

“1- Os Estados Partes reconhecem à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reeducação. Os Estados Partes velam pela garantia de que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a tais serviços de saúde.

2 - Os Estados Partes prosseguem a realização integral deste direito e, nomeadamente, tomam medidas adequadas para:

a) Fazer baixar a mortalidade entre as crianças de tenra idade e a mortalidade infantil;

b) Assegurar a assistência médica e os cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários(...).”

³² Feita em Nova Iorque a 20/11/1989 e aprovada por Resolução da Assembleia da República de 8/6/1990.

Consagra o art. 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³³:

“1. Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controlo.

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

De acordo com o Comentário Geral nº 14 do Comité das Nações Unidas dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (ano 2000), o direito humano à saúde baseia-se em quatro critérios:

- Disponibilidade: funcionamento da saúde pública e das instalações, bens e serviços de saúde;
- Acessibilidade: exige a não discriminação, a acessibilidade física, a acessibilidade económica e a informação adequada;
- Aceitabilidade: respeito pela ética médica e requisitos culturalmente apropriados, sensíveis ao género e às condições do ciclo da vida;
- Qualidade: os serviços de saúde, bens e serviços devem ser científica e medicamente apropriados e de boa qualidade.

No que se refere ao nosso direito substantivo e para os fins da presente exposição, há a destacar os arts. 1878º, nº 1 (Conteúdo das responsabilidades parentais), 1901º (Responsabilidades parentais na constância do matrimónio), 1904º-A, nº 1 (Exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de facto), 1906º, nºs 1 a 3 (Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento), 1911º, nº 1

³³ Adotada pela Organização das Nações Unidas a 10/12/1948.

(Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges), 1912º, nº 1 (Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges), todos do Código Civil³⁴.

2. Direito à saúde e vacinação

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no seu documento de constituição, datado de 1946, enuncia a saúde como:

“um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.”

O direito humano à saúde é um direito fundamental individual, no qual se inclui o acesso à vacinação. Tem como reflexo o dever do Estado de proporcionar aos seus cidadãos o acesso a esse cuidado de saúde. E constitui também um dever (pelo menos ético) de cada pessoa de se proteger, por si e pelos reflexos que tem a favor da comunidade em geral.

Numa distinção sintética, os direitos humanos englobam os direitos e liberdades essenciais que garantem a existência da pessoa e que têm a sua raiz no direito natural (independentemente da sua posituação constitucional³⁵). Os direitos fundamentais (pelo menos no que se refere aos de primeira geração³⁶) são como que a consagração constitucional dos direitos humanos. Nas palavras do Professor Jorge Miranda, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na constituição.”³⁷

³⁴ Damos por adquiridas as correspondentes noções, evitando o desnecessário alongar do escrito.

³⁵ Vide Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, vol. I, 4ª ed., pág. 240.

³⁶ O núcleo dos direitos civis e políticos, encabeçados pelo direito à vida, que exigem do Estado uma posição negativo-defensiva.

³⁷ Miranda, Jorge, “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, Lisboa, 1999, pág. 11.

De acordo com a teoria geracional dos direitos humanos³⁸, atendendo ao processo de positivação dos direitos civis e políticos e dos direitos económicos, sociais e culturais em tratados internacionais, podem agrupar-se em: direitos humanos de primeira, de segunda e de terceira geração³⁹.

O direito à saúde é classificado pelos constitucionalistas como um direito fundamental de segunda geração, ou seja, incluído no leque de direitos que se concretizam com a implementação pelo Estado de políticas e serviços públicos, com uma atuação positiva do Estado de carácter social⁴⁰. Pela sua vertente social, visam a promoção da igualdade substantiva dos cidadãos.

No quadro legal acima mencionado, sendo a vacinação uma via essencial para garantir a saúde individual e geral, a vacinação integra o direito à saúde.

Relembra-se que até inícios do século XX, as doenças transmissíveis foram a principal causa de morte e fator de redução da longevidade. Em suma, vacinar permite salvar vidas, evitar e controlar doenças, reduzir custos de saúde e sociais. Em execução deste direito humano dos cidadãos, como vimos, o nosso PNV é universal, acessível e gratuito.

3. Carácter obrigatório versus carácter facultativo da vacinação

Considerando os efeitos da presente pandemia, quer quanto a perda de vidas, danos na saúde, restrição de liberdades e crise económica severa, a possibilidade de tornar obrigatória a vacina foi colocada. Em propriedade, não é

³⁸ Moreira, Vital, e Gomes, Carla de Marcelino, eds., *Compreender Os Direitos Humanos: Manual de Educação Para Os Direitos Humanos*, 2013, págs. 51 e ss.

³⁹ Hoje já se defende a existência de uma 4ª geração de direitos humanos relacionada com os aspetos da manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia – Bobbio, Norberto, “A Era dos Direitos”, Campus, 1992, pág. 9.

⁴⁰ Além da saúde, o mesmo ocorre no trabalho, na cultura, na educação, na assistência social.

uma questão nova⁴¹. Aquando do ressurgimento de surtos de sarampo⁴², no Reino Unido surgiram vozes a clamar pela obrigatoriedade da correspondente vacina.

A razão fulcral prende-se com a finalidade da imunidade de grupo. Se a vacina for facultativa haverá sempre uma faixa expressiva da população a optar por não se vacinar⁴³. Alberto Giubilini⁴⁴, defensor da obrigatoriedade da vacina, ilustra que a vacina será como um cinto de segurança contra a Covid-19. Em prol da tese, é ainda aditado que é preferível a vacina ao confinamento obrigatório, o qual tem elevados custos pessoais, sociais e económicos, e é uma forma de distribuição de risco mais equitativa.

Em contraponto, os defensores do carácter facultativo da vacina⁴⁵ destacam que a imposição é eticamente condenável e é ineficaz. Ainda anterior a esta pandemia, um projeto da EU sobre epidemias e pandemias concluiu que a cobertura das vacinas não é geralmente maior nos Estados Membros em que a vacinação é obrigatória. De acordo com o Nuffield Council for Bioethics⁴⁶, as vacinas só deverão ser obrigatórias quando as doenças forem altamente contagiosas e graves, com alta taxa de mortalidade⁴⁷. No caso da Covid-19, ainda que haja elevado contágio do vírus, nem todas as pessoas contraem doença grave e a taxa de mortalidade não é transversalmente elevada⁴⁸.

⁴¹ Não nos iremos debruçar sobre as questões éticas inerentes a esta escolha, nem sobre as relativas à possibilidade de os indivíduos prescindirem da tutela de direitos fundamentais, sob pena de extravasar o âmbito deste texto.

⁴² Vide acima mencionado, quanto aos anos de 2018 e 2019.

⁴³ Um dos maiores receios é precisamente a falta de confiança das pessoas nas sucessivas mensagens transmitidas por peritos. Neste sentido vide “A gestão da pandemia minou a confiança nos peritos”, in *Courrier Internacional* (Portugal), janeiro de 2021.

⁴⁴ Senior Research Fellow, Oxford University of Uehiro, in *Courrier Internacional*, 6/1/2021.

⁴⁵ Como é o caso de Vagueesh Jain, académico de saúde pública do “Center for Global Development”.

⁴⁶ Organismo independente (Reino Unido) que se debruça sobre as questões éticas que o progresso científico na biologia e na medicina suscita.

⁴⁷ Vide Griffiths, Sophia, “The rise of vaccine hesitancy”, 10/5/2019, na página de internet do Nuffield Council for Bioethics (www.nuffieldbioethics.org). Ainda que a questão se tenha colocado no âmbito de surto de sarampo ocorrido no Reino Unido, em 2019, os princípios e razões em torno da obrigatoriedade ou não da vacina são similares aos ora em causa.

⁴⁸ No artigo referido na nota 15. é mencionada a taxa de mortalidade de cerca de 7,8% na faixa etária acima dos 80 anos e de 0,0016% em crianças até aos 9 anos de idade.

Por último, tornar obrigatória a vacinação é politicamente ariscado, podendo conduzir ao extremar de posições e conduzir ao efeito adverso de aumento do número de pessoas contra as vacinas e de negacionistas.

Numa posição de algum modo intermédia, fazer depender o acesso a determinados locais, estabelecimentos ou benefícios poderá ser uma via indireta de fomentar a vacinação. Numa posição mais musculada, há vozes que admitem a aplicação de sanções por falta de vacinação.

No que se reporta às vacinas contra os anteriores vírus, de entre os 27 países da EU, há casos em que se prevê a obrigatoriedade de algumas (como em França, no caso da vacina contra a pneumonia). Quanto a este vírus, por ora, no âmbito dos países da União Europeia, a vacina será facultativa. Do Brasil já nos chega posição contrária. Em relação à profilaxia do Covid-19 já está em vigência uma lei federal específica, que dispõe sobre as medidas de emergência de saúde pública de combate à propagação do vírus. Trata-se da lei nº 13.979/ 20, a qual estabelece expressamente no seu Art. 3º que:

“Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas⁴⁹:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;”.

⁴⁹ Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da vacinação obrigatória⁵⁰. Decidiu, em suma, que é constitucional a vacinação compulsória contra a Covid-19, bem como sancionar esse incumprimento, mas explicitou que não se pode imunizar pessoas à força.

Com data de 17/12/2020, pode ler-se a este respeito:

«O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020⁵¹. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação.»

Como fundamento da imposição é dito que está em causa uma lei de ordem pública que se destina a proteger a saúde pública e o próprio direito à vida das pessoas, o maior de todos os direitos assegurados pela Constituição, não podendo ser incumprida pela simples vontade individual.

Face à mencionada lei e à posição expressa pelo STF, não restam mais dúvidas quanto à obrigatoriedade da vacinação contra Covid-19 no Brasil, assim como quanto à autonomia dos Estados e Municípios para legislarem de forma concorrente com a União sobre essa matéria, e de estabelecerem no âmbito das suas respetivas competências a indigitada obrigatoriedade, além de sanções contra as pessoas que se recusarem a vacinar.

⁵⁰ O Acórdão surge no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas dos pais da criança.

⁵¹ (portal.stf.jus.br). Com um voto em sentido contrário.

Sopesados prós e contras, afigura-se que o aconselhamento, a comunicação clara e assertiva, a confiança, o exemplo, o tempo serão mais eficazes do que a obrigatoriedade.

4. Consentimento/Dissentimento e limite da autonomia privada

Rege o art. 5º da Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina:⁵²

«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.»

No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 3º, nº 2, prevê:

«2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;»

Consagra o art. 25º, nº 1 da CRP a inviolabilidade da integridade física e moral da pessoa.

O art. 149º do Código Penal rege:

«1- Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.»

Em suma, estamos perante o direito à autodeterminação do paciente quanto aos cuidados de saúde⁵³, a liberdade de o paciente escolher que cuidados de saúde

⁵² Concluída em Oviedo, a 4/4/1997; Resolução da Assembleia da República nº 1/2001, in Diário da República I-A, n.º 2, de 03/01/2001.

⁵³ Oliveira, Guilherme de, “O fim da arte silenciosa”, Coimbra ed., 1999, pág. 99.

aceita receber, de decidir sobre a sua integridade física (e até psíquica). Mas, para poder tomar decisões tem de ser previa e devidamente informado.

No cotejo entre a saúde e a dignidade humana, esta última sobressai. A liberdade e a autodeterminação, como emanções do direito absoluto de personalidade, prevalecem (artigo 70º do Código Civil)⁵⁴. Nesta ótica, a vacinação não poderá ser efetuada compulsivamente.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 44198, de 20 de fevereiro de 1962, estabeleceu a obrigatoriedade das vacinas antidiftérica e antitetânica. A falta de vacina contra a difteria tinha como consequência que nenhum menor de 10 anos de idade podia frequentar a escola sem aquela vacina (art. 2º). A falta da vacina contra o tétano impedia a frequência escolar e ainda o acesso a funções públicas (art. 4º). Se não fossem realizadas voluntariamente, a pessoa era convocada para o efeito (art. 5º). E poderia existir punição, com multa (até 300 escudos)⁵⁵. A apresentação do cartão de vacinas na realização de matrícula escolar é ainda reminiscência daqueles preceitos.

Partindo da nossa realidade atual (vacinação voluntária, sendo o PNV recomendação⁵⁶), é de salientar a importância do consentimento informado. Vivemos tempos em que as notícias falsas, as incertezas nas instruções dadas e a falhas de comunicação e/ou interpretação geram confusão e desconfiança das pessoas. Como vimos, o sucesso da campanha de vacina dependerá da adesão das pessoas. Esta adesão, por sua vez, dependerá da confiança do público.

A história elucida-nos da importância da aceitação e da confiança para o sucesso da vacinação. Tomemos o exemplo da denominada “revolta da vacina”, em

⁵⁴ Ainda que não seja objeto deste texto, relembra-se que nos termos do art. 150º do Código Penal as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem ofensa à integridade física, uma vez realizados de acordo com as legis artis e tendo havido consentimento informado; não o havendo, estamos perante intervenções e tratamentos arbitrários, punidos pelo art. 156º do Código Penal.

⁵⁵ Por remissão para o art. 28º do Decreto nº 13166, de 28 de janeiro de 1927.

⁵⁶ Despacho nº 10441/2016, de 19/8/2016. As recomendações da DGS são fundadas em pareceres da CTV e em especialistas externos, nacionais e internacionais.

1904, no Brasil⁵⁷. À data, a cidade do Rio de Janeiro registava 3,5 mil mortos por varíola, febre amarela e peste bubónica. Os agentes sanitários tentavam combater as doenças com fumos contra os mosquitos, desinfestação contra os ratos e administração da vacina da varíola. Simultaneamente decorria uma requalificação da cidade, com demolição de casas precárias. Ocorreu a morte de uma pessoa vacinada. Surgiu uma campanha de desinformação, segundo a qual a vacina continha substância para matar pessoas e diminuir habitantes da cidade e que os agentes sanitários entravam nas casas para violar as mulheres. Em novembro de 1904 ocorreu uma revolta da população, por cerca de uma semana, até que o estado de sítio foi decretado⁵⁸.

Um exemplo posterior ocorreu a 1998, em que surgiu o boato de o autismo estar associado à VASPR (vacina conjunta de rubéola, varicela e sarampo)⁵⁹. Alegados efeitos secundários das vacinas são recorrentemente um dos argumentos usados, sem sustentação científica⁶⁰.

Face à rapidez com que surgiram as vacinas contra o SARS- CoV-2, à técnica inovadora usada, às mutações de estirpe do vírus, às dúvidas ainda existentes quanto à sua eficácia, tempo de proteção, etc., tornou-se um campo fértil para a especulação e as falsas notícias.

Como sabemos, os movimentos negacionistas, bem como os antivacinas, existem e são uma ameaça para a saúde global⁶¹. Malogradamente, o sucesso das vacinas constitui argumento para estes movimentos, que as consideram desnecessárias quando a taxa de sucesso das mesmas é elevada. Porém, se a doença

⁵⁷ O filme “Sonhos Tropicais”, 2001, dirigido por André Sturm e baseado no romance de Moacyr Scliar, relata este acontecimento.

⁵⁸ Ver Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, RHC2255, publicado a 3/2/1905, fonte citada.

⁵⁹ Desmentido por estudos posteriores como o realizado na Dinamarca, 2019, “Annals of Internal Medicine”, in (www.acpjournals.org).

⁶⁰ Supostamente poderá haver um caso de choque anafilático em cada 50.000 a 100.000 doses. No Reino Unido, noticiado pela revista *Sábado*, de 9/12/2020 (www.sabado.pt), surgiram 2 casos, em pessoas com alergias e que recuperaram de pronto.

⁶¹ In *Folha de S. Paulo*, de 30/1/2019 (www.folha.uol.com.br), é reproduzida informação da OMS a este respeito.

não estiver erradicada, o retrocesso na vacinação leva ao seu rápido ressurgir. Consideram aquelas vozes que o potencial benefício da vacinação é inferior ao potencial risco individual e que a vacinação é uma intromissão na esfera da autonomia individual, que concluem ser totalitária e imoral. Além de o risco individual ser reduzido e excepcional, há outra razão que se sobrepõe ao desconforto passageiro que a vacina possa causar: o bem comum, a saúde da comunidade em geral. A possibilidade de haver reinfeção é outro argumento usado. No entanto, ainda que pessoas vacinas possam, em casos limitados, vir a ser reinfectadas, sê-lo-ão com menor intensidade e gravidade.

Naturalmente que há a ressaltar os casos de crianças e adultos que não devam ser vacinados por contraindicação médica.

Não deverá ainda confundir-se a imunização de pessoas com tratamentos compulsivos ou diretrizes de política sanitária. A este respeito escreveu João Vaz Rodrigues⁶² o seguinte:

«Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de actuação médica susceptível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objectivo da protecção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da colectividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível colectivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legislação específica habilitante.

Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infecto-contagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base XIX da LBS e artigo 5.º do DL n.º 336/93, de 29/09 e, ainda, LSM: Lei n.º

⁶² In “A Recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos”, ebook CEJ, págs. 52/53 (www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Consentimento2020.pdf).

36/98, de 24/07). E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do estado de calamidade pública (cf. artigo 19.º, n.º 2, da CRP). »

O Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro, veio regulamentar a aplicação da renovação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República⁶³.

O Decreto-Lei nº 8-A/2021, de 22 de janeiro, na senda daquele Decreto, veio alterar o regime contraordenacional, ajustando-o às atuais imposições. Por exemplo, a violação das normas de uso de máscara, de realização de testes de diagnóstico, de teletrabalho, são sancionados com coimas.

Neste quadro de fato e legal, o consentimento informado e o respeito pela opção (informada) das pessoas quanto à vacinação impõe-se. Tenha-se em conta que esse consentimento, no caso das crianças, caberá aos pais (ou outros detentores das responsabilidades parentais), no que poderemos denominar uma “autonomia fiduciária”, já que visa o bem do beneficiário menor. Segundo Engisch⁶⁴:

«O consentimento necessário dos pais não é emanção do direito de autodeterminação do próprio paciente, mas do direito de assistência dos pais que é, ao mesmo tempo, um dever de assistência.»

Por último, quanto ao consentimento prestado por menor de 18 anos de idade, tenham-se em conta os seguintes casos previstos no Código Penal. No que se reporta à interrupção voluntária da gravidez, não punível, o consentimento de grávida com 16 ou mais anos de idade é prestado pela própria (enquanto se tiver menos de 16 anos será prestado pelos seus representantes legais - art. 142º, nº 5 do Código Penal). No que tange aos crimes contra a liberdade e autodeterminação de crianças, nomeadamente o crime de abuso sexual de crianças (art. 171º do Código Penal) e de atos sexuais com adolescentes (art. 173º do Código Penal) verificamos que o legislador conferiu como que uma proteção escalonada aos menores, sendo

⁶³ Decreto do Presidente da República nº 6-B/2021, de 13 de janeiro (vigente na data deste texto).

⁶⁴ *Juristische Praxis*, 1965, 4, citado por Costa Andrade, in “Consentimento e acordo em direito penal”, Coimbra ed., 1990.

que à medida que a idade se aproxima da maioridade legal se supõe terem maior capacidade para se autodeterminarem e poderem consentir na prática de determinados atos. Tendo presente a livre disponibilidade da integridade física (art. 149º do Código Penal), quanto ao consentimento do paciente, inerente a tratamentos e intervenções médico cirúrgicas, o legislador nada previu quanto à idade. Interpretando estas normas, delas podemos extrair que no caso da vacinação o consentimento caberá ao legal representante do menor. Mas, face ao relevo dado ao consentimento dos jovens nos assinalados casos e mais tendo presente os princípios da audição e participação da criança (art. 4º, nº 1, al. c), nº 2 e art. 5º, ambos do RGPTC), não poderemos deixar de ter em conta a vontade e a opinião da criança, de acordo com a correspondente idade e maturidade.

III- Responsabilidades Parentais e Vacinação de Crianças

1. Responsabilidades parentais: atos da vida corrente e questões de particular importância da vida das crianças

As responsabilidades parentais integram um núcleo de direitos e deveres funcionais, exercidos pelos pais de acordo com o princípio do superior interesse dos filhos⁶⁵. Naquele núcleo incluem-se as questões relativas à saúde da criança, integrando, nomeadamente, a vacinação da criança. Através da vacinação visa-se proteger, de forma preventiva, a vida, a saúde e a integridade física da criança.

A lei distingue entre os atos relativos à vida corrente dos filhos e as questões de particular importância (Q.P.I.⁶⁶). Em síntese, cabe ao progenitor com quem o filho se encontra decidir os atos da vida corrente (não contrariando o não residente

⁶⁵ Princípio interpretativo que norteia toda a jurisdição relativa à criança, aplicável no âmbito tutelar cível, ex vi dos arts. do RGPTC e do art. 4º da LPCJP.

⁶⁶ Doravante designadas pela correspondente abreviatura.

as orientações educativas do progenitor residente habitualmente com a criança). A regra no nosso direito, quer os pais vivam juntos, quer estejam divorciados ou separados ou nem sequer tenham chegado a viver juntos, é a do exercício conjunto das responsabilidades parentais relativas às Q.P.I.⁶⁷. A exceção, o exercício singular, deverá ser sempre fundamentada e restringir-se aos casos limite, casuisticamente analisados, que o superior interesse da criança determinar (a exigir especial ponderação nos casos de violência doméstica entre os pais⁶⁸).

Optou o legislador por não definir o conceito de Q.P.I., certamente para permitir a flexibilização face à riqueza e multiplicidade de questões que a vida de cada uma das crianças e suas famílias determine. Como refere Helder Roque⁶⁹, os conceitos jurídicos indeterminados, como as Q.P.I., permitem a adaptação à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida. Cabe, pois, à doutrina e jurisprudência densificar esse conceito. Na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 509/X⁷⁰, o legislador forneceu um critério orientador:

«... espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores.»

De acordo com o Professor Guilherme de Oliveira, «As questões de particular importância serão sempre acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança pelo que os progenitores apenas terão que cooperar episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes

⁶⁷ Arts. 1906º, 1911º e 1912º do Código Civil.

⁶⁸ Arts. 40º, nºs 8 e 9 e 44º-A do RGPTC.

⁶⁹ “Os conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e a sua integração”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, 2005, Coimbra Editora, pág. 94.

⁷⁰ Projeto que está na base da Lei do Divórcio, a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro.

para a vida do filho, os chamarão à responsabilidade de pais e à contenção necessária para essas ocasiões.»⁷¹

No que tange à jurisprudência e quanto à definição das Q.P.I., destaca-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de 2/5/2017⁷²:

«I-Como regra, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores (artº 1906º nº 1, 1ª parte, do Código Civil).

II- Por seu turno, o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente (artº 1906º nº 3, 1ª parte, do Código Civil).

III- Optou o legislador por não elencar as situações que cabem nos actos de particular importância ou nos actos da vida corrente, deixando tal tarefa aos Tribunais e à Doutrina.

IV- A delimitação entre os dois tipos de actos é difícil de estabelecer em abstracto, existindo uma ampla “zona cinzenta” formada por actos intermédios que tanto podem ser qualificados como actos usuais ou de particular importância, conforme os costumes de cada família concreta e conforme os usos da sociedade num determinado momento histórico.

V- Devem considerar-se “questões de particular importância”, entre outras : as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de actividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado.

Oliveira, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra Editora.

⁷² Salvo indicação em contrário, os acórdãos citados podem consultar-se em www.dgsi.pt.

VI- Devem considerar-se “actos da vida corrente”, entre outros : as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, actividades e ocupação de tempos livres ; as decisões quanto aos contactos sociais ; o acto de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares ; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado ; a imposição de regras ; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espectáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina.»

Ainda, quanto ao preenchimento do conceito, pode ler-se no Acórdão da Relação do Porto, de 27/1/2020:

«I - Nos casos de divórcio, como na separação judicial de pessoas e bens ou nos de declaração de nulidade ou anulação do casamento, as responsabilidades parentais quanto a questões de particular importância para a vida do filho serão, em princípio, exercidas em comum, salvo casos de urgência manifesta.

II - “Questões de particular importância” é um conceito indeterminado, com a capacidade de abranger um conjunto alargado de situações que uma enumeração taxativa comprometeria.

III - É um conceito que deve ser casuisticamente preenchido, sendo pertinente que sirva de critério a esse preenchimento o impacto relevante que a concreta situação tenha na vida da criança. (...)».

Retemos as seguintes palavras chave: *questões graves, raras, com impacto relevante na vida da criança, a definir tendo em conta cada família, os usos da sociedade e o momento histórico.*

De entre as situações jurídicas que podem integrar o conceito “questões de particular importância”, a doutrina e a jurisprudência enunciam⁷³:

- a escolha e matrícula da criança em estabelecimento diverso do público;
- as intervenções cirúrgicas que impliquem risco para a vida ou integridade física da criança (incluindo estéticas);

⁷³ Basicamente acolhemos a súmula indicada por Fialho, António, in “Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, ebook, (www.cej.mj.pt.).

- o exercício de atividade laboral por parte da criança ou adolescente (incluindo as passagens de modelos, participação em espetáculos e atividades artísticas ou de publicidade; que poderá determinar audição da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens);
- a escolha da orientação religiosa até aos dezasseis anos (idade a partir da qual a criança poderá escolher por si);
- a localização ou determinação do centro de vida da criança (incluindo a alteração de residência que implique uma mudança geográfica para local distante, dentro do próprio país ou para o estrangeiro);
- a prática de atividade desportiva radical, que implique risco para a vida, saúde ou integridade física;
- a celebração de casamento entre os dezasseis e os dezoito anos de idade;
- a obtenção da licença de condução de ciclomotores e de carta de condução de motociclos;
- o exercício do direito de queixa;
- a oneração e a alienação de bens ou direitos da criança;
- a escolha do nome a atribuir à criança;
- a escolha da naturalidade da criança;
- a exposição de crianças em redes sociais.

2. Falta de acordo dos pais quanto à vacinação da criança: questão da vida corrente ou questão de particular importância

De acordo com o supra exposto, é consensual que, no âmbito da saúde, as intervenções cirúrgicas melindrosas, em que a criança está em risco, são questões de particular importância. Essa perigosidade, quando colocada a questão ao tribunal, será decidida segundo a indicação médica, que poderá não coincidir com o juízo de valor subjetivo dos pais. Mas, além deste núcleo essencial, as dúvidas adensam-se.

No que tange à vacinação, a questão que se coloca é desde logo: em caso de desentendimento entre os pais quanto à vacinação da criança, deverão os tribunais de família e crianças considerar que estamos perante uma questão quotidiana da vida da criança ou perante uma questão de particular importância?

No que se refere a Q.P.I. sobre a saúde da criança, na jurisprudência publicada destacamos:

- Acórdão da Relação de Lisboa, de 4/6/2020:

«Sob a forma de enunciação global, o conceito de superior interesse da criança ou jovem, como conceito vago e genérico que é, passa pela existência de um projecto educativo; pela efectiva prestação de cuidados básicos diários (alimentos, higiene, etc.); pela prestação de carinho e afecto; pela transmissão de valores morais; pela manutenção dos afectos com o outro progenitor e a demais família (designadamente irmãos e avós); pela existência de condições para a concretização do tal projecto educativo; pela criação e manutenção de um ambiente seguro, emocionalmente sadio e estável; pela existência de condições físicas (casa, espaço íntimo) e pela dedicação e valorização com vista ao desenvolvimento da sua personalidade;

- no âmbito das responsabilidades parentais, questões de particular importância para a vida do filho são aquelas que se encontram relacionadas com o núcleo essencial da vivência deste, nomeadamente com a sua saúde, segurança, desenvolvimento e formação, ou seja, reportadas a assuntos com relevância grave e rara;

- as consultas pediátricas de rotina, temporalmente intercaladas, não podem, nem devem, ser qualificadas como questões de particular importância, a demandarem o exercício em conjunto por ambos os progenitores, pois, desde logo, a sua natureza de rotina ou reiteração, devendo acompanhar o crescimento da criança, retiram-lhe aquela concepção de questão nuclear, dotada de uma relevância acrescida ou decisiva para a vida do filho, de raridade ou gravidade, justificativa daquele enquadramento;

- tais consultas, mesmo de uma criança de tenra idade, devem antes ser entendidas como questões correntes da vida do filho, ou seja, actos da sua vida quotidiana, o que, bem se entende, permitirá uma maior agilização na sua concretização e efectivação, a qual poderia ser colocada em causa caso se exigisse aquele exercício conjunto, salvaguardadas as situações de urgência manifesta – cf., o nº. 1, do artº. 1906º do Cód. Civil ;

- todavia, ainda assim, o progenitor não residente com o(a) filho(a) tem o direito a ser informado acerca do resultado de tais consultas médicas – cf., o nº. 6, do artº. 1906º -, nomeadamente acerca do teor do que foi transmitido ou apurado, eventuais meios auxiliares de diagnóstico e medicação prescritos, bem como acerca de uma eventual necessidade de recurso a consultas pediátricas de especialidade;

- efectivamente, tal conhecimento afigura-se como essencial para um devido acompanhamento da vivência do(a) filho(a) e não lhe pode ser negado ou postergado, inclusive com a finalidade de uma efectiva tutela ou sindicância dos cuidados que lhe vêm sendo prestados.»

- Acórdão da Relação do Porto, de 25/9/2018:

«I – As responsabilidades parentais, cujo conteúdo se encontra fixado no art.º 1878.º do Código Civil são um conjunto de poderes/deveres atribuídos legalmente aos pais no interesse dos filhos.

II - O conceito de “questão de particular importância” no exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio deve reservar-se para um número reduzido de situações, a interpretar casuisticamente. Esta aplicação apenas a casos existenciais restritos e graves justifica-se por razões de estabilidade na vivência dos menores e de prevenção de conflitos nas relações entre os ex-cônjuges.

III – A submissão de um menor a consultas de psicologia clínica, nos dias de hoje, não deve considerar-se acto de particular importância, por se ter tornado num expediente corrente a que os pais recorrem crescentemente em casos de suspeitas de inadaptação social ou emocional.»

Em resumo, as consultas pediátricas de rotina e as consultas de psicologia foram consideradas questões da vida corrente da criança. No que especificamente se reporta à vacinação, não encontramos doutrina ou jurisprudência portuguesa que concretamente aprofunde a questão. Na realidade, quer em processos tutelares cíveis (máxime de regulação das responsabilidades parentais), quer em processos de promoção e proteção já nos deparamos com casos de pais ou outros cuidadores que não zelam por que às suas crianças sejam administradas vacinas. No entanto, ou a situação foi ultrapassada por aconselhamento de técnicos e/ou do tribunal ou não o foi, mas não constituiu objeto de recurso.

Tendo presente as regras da interpretação (art. 9º do Código Civil), poderemos considerar que a imunização no que toca às vacinas que constam do vigente plano nacional de vacinação será um ato corrente da vida da criança. De fato, tal como as consultas pediátricas de rotina e as consultas de psicologia, pela sua rotina, reiteração e normalidade (uso consensual na sociedade) não consubstanciam questões graves e raras da vida da criança.

No entanto, se tal é válido para a generalidade das crianças, poderá não ser assim para as crianças que pertençam a grupo de risco de saúde. Poderá ser o caso das crianças com doença crónica cardíaca, pulmonar ou oncológica, renal com realização de hemodiálise, hipertensão arterial ou diabetes, ou cujo sistema imunitário está particularmente fragilizado, por exemplo por tratamentos de quimio/radioterapia, tratamentos para doenças autoimunes (caso da esclerose múltipla), por infeção por HIV. No caso destas crianças, o seu concreto estado de saúde pode não ser compatível com determinada vacina, ou com a realização da vacina em momento em que as demais da sua faixa etária a realizam. Assim, pelo impacto relevante que a vacinação poderá ter na vida de cada uma destas crianças⁷⁴, o desacordo entre os pais sobre a realização da vacina afigura-se poder consubstanciar uma questão de particular importância.

⁷⁴ A determinar casuisticamente, desde que uma das especiais razões de saúde colida com a vacinação.

Um outro critério norteador da classificação das Q.P.I. que enunciamos foi a sua definição de acordo com cada família. Neste ponto, salientam-se as objeções ético/morais, que poderão configurar como que uma objeção de consciência (incluindo negacionistas e antivacinas). Na doutrina e na jurisprudência foi sobejamente analisada a questão da objeção religiosa/moral, de pessoas jeovás à transfusão de sangue, em especial nas crianças. Vejamos se podemos transpor para a problemática da vacinação os princípios e razões fulcrais da posição defendida pela doutrina e pela jurisprudência quanto às transfusões de sangue.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no seu parecer nº 46 de 2005, de 27/6/2005, afirmou⁷⁵:

«10. Os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os atos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados.

11. Nas situações anteriores deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado.»

Defende Ana Paula Lima Antunes⁷⁶:

«Caso os pais recusem um tratamento ou intervenção que coloque em risco a vida ou a saúde da criança, e após esclarecimento sobre a necessidade de adesão dos pais, o médico responsável pela criança, deve fazer apelo ao Tribunal de Menores (Código Civil, artº 1915º), que interdita temporariamente o poder paternal. Isto quer dizer, que os pais devem respeitar e fazer cumprir as decisões do tribunal,

⁷⁵ In (www.chmt.min-saude.pt).

⁷⁶ “Aspetos Éticos do Cuidado Prestado às Pessoas Testemunhas de Jeová”, (www.docplayer.com.br).

e que terminado o tratamento interditado por este, voltam a usufruir de plenos poderes parentais (Código Civil, artº 1916º). Cabe igualmente aos profissionais de saúde, a responsabilidade de informar os pais das medidas que se pretendem tomar, relativamente à interdição temporária da sua atuação como pais. Caso a intransigência dos pais relativamente à recusa de tratamento, coloque a criança em grave risco de vida, pode a instituição hospitalar ficar com a tutela temporária da criança (Código Civil, artº 1918º).

Nas situações de urgência onde não é possível aguardar pela decisão do tribunal, e tendo em conta o princípio da beneficência (artº 46 CDOM) e o que está constitucionalmente consagrado, a equipa clínica assume a total responsabilidade da intervenção, mesmo sem o consentimento dos pais ou do tribunal».

Segundo Costa Andrade⁷⁷, “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por contrariar a vontade do representante”.

Na jurisprudência portuguesa encontramos o Acórdão da Relação de Lisboa de 19/5/2020:

«I. Num contexto em que o pai reside em Portugal e a mãe está a residir e trabalhar na Suíça na companhia do menor, havendo um histórico de violência no âmbito do qual o pai foi mesmo condenado pela prática de crimes de ofensas à integridade física da mãe, deve considerar-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho é contrário aos interesses deste.

II. A circunstância de a mãe ser crente da religião Jeová não justifica que se estabeleça cláusula da regulação das responsabilidades parentais que imponha à mãe que não pode negar ao menor qualquer tratamento médico que os médicos julguem necessários, designadamente transfusão sanguínea.

⁷⁷ Ob. citada.

III. Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos, com a ressalva de que não seja posta em causa a sua integridade física e moral.

A jurisprudência brasileira pronunciou-se frequentemente sobre esta matéria, no sentido da primazia do direito à vida sobre a convicção religiosa, como atestam os arrestos do Tribunal de Justiça do Distrito, publicado a 3/6/2020 e do Supremo Tribunal Federal, publicado a 23/4/2020⁷⁸.

Transcreve-se também o Parecer da Procuradoria Geral da República nº 8/1991, de 16/1/1992⁷⁹, quanto ao internamento de menor, quando os pais se lhe opõem, em especial as suas conclusões 7ª e ss.:

«7ª. Se o médico, face ao estado clínico de um menor, se decidir pela sua admissão hospitalar em regime de internamento, mas os pais recusam o seu consentimento, suscita-se uma situação complexa, cuja solução varia de caso para caso, havendo que ponderar cada um dos elementos que recortam a situação, entre eles avultando:

- a) O estado de saúde do menor;
- b) A sua idade e capacidade de discernimento;
- c) Maior ou menor urgência do internamento;
- d) Tipo de tratamento, intervenção ou exame a que vai ser submetido, e suas possíveis consequências;

8ª. Se o internamento hospitalar decidido pelo médico não se configurar na situação concreta como urgente, impõe-se o recurso às providências limitativas do exercício do poder paternal referidas nas conclusões 4ª e 5ª;

9ª. Se, não obstante o esclarecimento referido na conclusão 6ª, os pais mantêm a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de

⁷⁸ Salvo indicação em contrário, a jurisprudência brasileira poderá consultar-se em (www.jusbrasil.com.br).

⁷⁹ Disponível em (www.ministeriopublico.pt).

molde a recluir perigo para a vida ou grave dano para a saúde do menor, não se compadecendo o seu estado clínico com o recurso à via judicial nos termos da anterior conclusão, dar-se-á prevalência à decisão médica de internamento;

10ª. A doutrina consubstanciada nas conclusões anteriores é aplicável, com as devidas adaptações, à situação de alta hospitalar.»

Nos assinalados exemplos, transfusões sanguíneas e internamento de crianças em risco de vida, a opinião dos cuidadores da criança em sentido contrário às orientações médicas não foi acolhida, por não corresponder ao superior interesse da criança. Ou seja, foi privilegiado o princípio da beneficência, em prol da vida e da saúde da criança. Estamos perante questões de particular importância da vida das crianças que, pela sua gravidade, determinam que o direito à saúde da criança não seja posto em causa por convicções dos pais.

Especificamente quanto à vacinação de crianças, na jurisprudência brasileira, o acórdão do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, publicado a 30/10/2020, conclui que não vacinar a criança por motivos religiosos ou políticos dos pais não se pode sobrepor às políticas de saúde pública, definidas pelas autoridades sanitárias de acordo com o melhor interesse da criança. Resolve o tribunal o conflito com base na superioridade do direito individual da criança.

Na decisão do tribunal há a ter em conta dois momentos: - um prévio, que é a decisão sobre se a concreta questão sobre a qual os pais estão em desacordo é uma questão de particular importância; - uma subsequente, uma vez qualificada como Q.P.I., os critérios de decisão da questão.

Deve então ser analisado se existe fundamento para considerar tratar-se de questão grave e rara da vida da criança. Em regra, entendemos que não o será, caso em que a pretensão deverá ser indeferida. Cabe ao progenitor guardião a decisão sobre a vacinação, como questão da vida corrente. Vimos que a vacinação em geral não é uma questão grave e rara da vida da criança. Quanto a esta concreta vacina, não tendo a criança problema de saúde assinalável e sendo que até ao momento

este vírus não causa, em regra, danos significativos a crianças, não será questão grave. Já quanto a constituir questão rara, o que é raro é a pandemia em si e as suas circunstâncias, o que torna esta questão rara para todos em geral no atual momento histórico e com os conhecimentos científicos atuais. Possivelmente no futuro próximo não será classificável como questão. Sendo a nosso ver uma questão rara e não grave para a generalidade das crianças, consideramos estar perante uma zona intermédia. Tal como refere o citado Acórdão da Relação de Lisboa de 2/5/2017, quanto a atos intermédios deverá atender-se a outras circunstâncias coadjuvantes, como as circunstâncias de cada família, os usos da sociedade, o momento histórico.

A nosso ver, a definição da vacinação contra SARS-CoV-2 como Q.P.I. não pode fundar-se num perigo abstrato⁸⁰. Será possível aplicar os ensinamentos do direito penal quanto ao perigo em causa. O perigo é a probabilidade de um evento futuro danoso acontecer. Quando se tutela o perigo está a efetuar-se uma proteção por antecipação, numa situação em que é possível ocorrer a lesão de direitos ou interesses juridicamente protegidos. Mas o perigo pode ser abstrato ou concreto⁸¹. Sendo abstrato, o perigo resultante da ação não está individualizado em qualquer pessoa ou bem. Sendo concreto, a ação cria um perigo para bens e/ou pessoas concretos⁸². Transpondo o raciocínio, as dúvidas que ainda existem quanto à eficácia da vacina ou quanto a possíveis efeitos a longo prazo da tecnologia ARN, mensageiro utilizada nesta vacina, serão configuráveis como um hipotético risco, para todos os vacinados em geral, que a raridade da situação ainda justifica. Não se afigura que essas razões determinem que esta vacinação se torne questão de

⁸⁰ Já no caso das intervenções cirúrgicas de risco, pela indiciada gravidade, o critério é mais amplo, configurando um perigo abstrato.

⁸¹ Costa, Faria, “O Perigo em Direito Penal”, Coimbra ed., 2000. Não incluímos os crimes de perigo abstrato-concreto por se considerar desnecessário para o fim visado.

⁸² Exemplificativamente temos os crimes de condução em estado de embriaguez – art. 292º do Código Penal e de incêndio – art. 272º do Código Penal, como crimes de perigo abstrato; e o crime de condução perigosa de veículo – art. 291º do Código Penal e o crime de incêndio em que é criado perigo para a vida ou integridade física de alguém ou para bens alheios de valor elevado – art. 274º, nº 2, al. a) do Código Penal, como crimes de perigo concreto.

particular importância para todas as crianças. Em suma, diríamos que terão de existir concretas razões, daquela criança, conjugadas com a sua vivência familiar e comunitária, que configurem uma situação de perigo concreto para se classificar como questão de particular importância.

E configurando-se como Q.P.I., na decisão do tribunal aqueles critérios deverão ser mais concretizados e escrutinados, como num exercício de motricidade fina. O tribunal deverá considerar o contexto concreto de vida daquela criança, a sua família, a comunidade em que se integra, desde logo, a comunidade educativa/formativa em que esteja inserida. Como sabemos, cada criança é um caso concreto.

Poderão existir circunstâncias relativas à família e à comunidade que aconselhem a vacinação da criança. Por exemplo, se o agregado familiar da criança compreender adulto com risco de saúde significativo ou pessoas idosas, certamente que um dos fatores a considerar é a proteção destas pessoas. Pensemos nos casos das aldeias do interior do país particularmente envelhecidas e com poucas crianças; a não vacinação destas poderá ser um risco grave para todos os idosos. Imagine-se ainda o caso de turmas que incluem aluno(s) particularmente vulneráveis ou os casos de estabelecimentos de ensino com regime de internato, em que a proteção dos restantes pode aconselhar a vacinação. Todas as circunstâncias concretas deverão ser ponderadas, sendo certo que o determinante será o superior interesse da criança em causa.

3. Finalidades da vacinação das crianças: interesse próprio e interesse da comunidade

E o que poderemos concluir das vacinas contra o SARS- CoV-2, será que podemos aplicar *ipsis verbis* o exposto em 2.? Que questões específicas, de saúde ou ético/morais, coloca esta vacinação quanto às crianças? O interesse da comunidade será preponderante face ao interesse próprio da criança?

A 26/1/2021 registavam-se 99.591.000 de pessoas infetadas por este novo vírus e 2.140.976 mortos causados por Covid-19⁸³. E, malgradadamente, Portugal mantinha-se em crescendo no número de infetados e de mortos por milhão de habitantes.

No esforço de combate a esta “guerra”, a vacinação está em curso em 26 países. Israel encontra-se na dianteira, tendo já administrado uma primeira dose de vacina a mais de 25% da população. E, desde 25/1/2021 encontra-se já a vacinar os adolescentes entre os 16 e os 18 anos de idade⁸⁴. A vacinação destes jovens foi deixada à consideração dos pais, só se realiza com autorização dos pais. Mas a vacina é requisito para os jovens poderem fazer os exames finais do ensino secundário e poderem entrar na faculdade. É ainda requisito indispensável para entrarem para o exército, sendo o serviço militar obrigatório. Como se referiu supra, quanto ao carácter obrigatório ou facultativo das vacinas, estamos perante situações em que de forma indireta a vacinação deixa de ser propriamente uma escolha. As razões adiantadas para a vacinação (do que até ao momento foi possível colher) foram o permitir o regresso dos jovens às escolas, que se mantêm fechadas, em segurança, e a realização pelos mesmos dos exames de acesso à universidade⁸⁵.

As variantes do Reino Unido e da África do Sul, do vírus, têm demonstrado transmitir-se a maior velocidade e em particular esta última afeta a população mais jovem de forma mais gravosa⁸⁶. Estes fatos, conjugados com o que vierem a ser os testes em curso em populações jovens (supra I-3.), indiciam-nos que a vacina poderá estar em breve disponível entre nós para os mais jovens.

Além das razões relativas à saúde dos mais jovens, à retoma das aulas e outras atividades educativas/formativas, a meta da denominada imunidade de grupo é outro fator a considerar. Basta lembrarmos que um quarto da população mundial

⁸³ Dados da Reuters (www.reuters.com).

⁸⁴ Notícia do jornal *Público* de 26/1/2021 e que remete para a fonte Ronen Zvulun, Reuters.

⁸⁵ Não é invocado como fator determinante da vacinação dos jovens o interesse da comunidade, mas dos próprios jovens daquela faixa etária.

⁸⁶ Vide declarações de João Paulo Gomes, investigador do Instituto Ricardo Jorge, in *Jornal de Notícias* de 21/1/2021, (www.jn.pt).

são crianças, para aquilatarmos a relevância da sua vacinação. Mas poderá a prossecução de tal intento impor aos pais que vacinem os seus filhos e determinar que em caso de desacordo dos pais os tribunais devam sempre decidir pela vacina da criança? Estamos em crer que tal não deverá ser concluído. De facto, o argumento do interesse da comunidade, entendido dessa forma, determinaria que a vacina fosse na prática obrigatória para as crianças, enquanto para os adultos seria facultativa.

No Brasil encontramos jurisprudência, quanto ao vírus da gripe, em que está em causa a ponderação interesse da comunidade e interesse das crianças⁸⁷. Em síntese, pelo Ministério Público (e outros requerentes coligados) era pedido ao Estado que determinasse a vacinação de todas as crianças com mais de 2 anos de idade e dos adolescentes contra o vírus influenza H1N1, visando travar a dispersão do vírus. O Tribunal Regional Federal da 3ª região, em acórdão publicado a 2/5/2013, indeferiu a pretensão, sustentando que deveria ser respeitado o programa nacional de vacinação, definido por especialistas e orientações da OMS, o qual não incluía as crianças e adolescentes por as razões de saúde destes não o justificar.

Ainda quanto à jurisprudência brasileira, mas já quanto ao vírus SARS- CoV-2, o Supremo Tribunal Federal, a 20/1/2021, pronunciou-se quanto ao pedido de priorização dos cuidadores das crianças e jovens com deficiência (formulado por partidos políticos e outros), com vista a formar rede de proteção dos mesmos, já que os próprios menores não estão incluídos no plano de vacinação contra esse vírus. O STF indeferiu o pedido, fundamentando que os critérios técnicos que presidiram à definição de grupos prioritários são válidos e devem ser respeitados e mais invoca a escassez de vacinas para não alargar aqueles grupos.

Em Espanha colhemos outro caso interessante e que também nos poderá elucidar quanto a esta ponderação de interesses em causa⁸⁸. Em resumo, uma idosa de 84 anos e sem capacidade mental para decidir por si sobre a vacinação contra

⁸⁷ Não se reporta a dada criança em concreto, mas sim às crianças como grupo populacional.

⁸⁸ Noticiado pelo jornal *Público*, de 13/1/2021 (www.publico.pt).

este vírus estava acolhida num Lar de Idosos. No Lar decorria a vacinação contra SARS-CoV-2. A filha da idosa, que a representava, opôs-se à vacinação da mãe. O Lar receou pela saúde dos demais utentes e recorreu ao tribunal para suprir o consentimento. O Tribunal de Instrução 2 de Santiago de Compostela decidiu que o risco de não vacinar a idosa seria maior para ela do que vaciná-la, deferindo o pedido.

Face ao exposto, tendemos a concluir que o critério interesse da comunidade não é por si só suficiente para que a vacinação de uma criança contra o vírus SARS-CoV-2 seja automaticamente considerada uma questão de particular importância. Mas é um dos aspetos a considerar se a questão for apresentada ao tribunal. Entendemos ainda que, em caso de colisão entre o interesse da comunidade e o interesse superior de cada criança, este último deverá prevalecer.

4. Casos Concretos

4.1. No quadro da jurisdição de família e crianças

Antevendo as questões que se poderão suscitar na jurisdição tutelar cível, procederemos a uma indicação exemplificativa e apontaremos caminhos de resolução.

a) Como questão prévia, pode suscitar-se a inclusão no acordo de regulação das responsabilidades parentais⁸⁹ (ou de alteração da R.R.P.) de uma cláusula quanto à vacinação da criança contra a SARS-CoV-2 como Q.P.I. Em matéria tutelar cível são aplicáveis os princípios elencados no art. 4º da LPCJP⁹⁰, nomeadamente da intervenção mínima, da responsabilidade parental, da prevalência da família, da participação e da subsidiariedade e ainda os demais

⁸⁹ Doravante sigla R.R.P.

⁹⁰ Lei nº 147/99, de 1/9, na redação dada pela Lei nº 142/2015, de 8/9.

previstos no art. 4º do RCPTC, de que se destaca o princípio da consensualização (art. 4º, nº 1, al. b) do RGPTC). Os nºs 5 e 7 do art. 1906º do Código Civil referem expressamente que o tribunal deve promover e aceitar os acordos dos pais quanto à residência da criança e contactos com o outro progenitor (naturalmente desde que conformes ao superior interesse da criança). À luz destes princípios, não veríamos obstáculo à homologação de acordo de que conste cláusula semelhante. No que tange aos acordos de RRP apresentados em Conservatória do Registo Civil, cabe ao Ministério Público uma especial atenção a esta questão.

b) E se a RRP for decidida por sentença de mérito, deve o tribunal pronunciar-se sobre esta matéria? Relembremos que aos processos tutelares cíveis são aplicáveis os princípios e regras dos processos de jurisdição voluntária, dispondo o art. 987º do CPC, quanto ao critério de julgamento:

«Nas providências a tomar, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna.»

Se a questão não foi colocada pelos pais (se não constitui objeto do processo), fazendo apelo à autonomia da vontade, à subsidiariedade e à intervenção mínima, em regra, não deverá o tribunal pronunciar-se sobre a matéria. O perigo abstrato de a criança poder contrair o vírus e o poder transmitir ou as razões gerais relativas à proteção de terceiros, como vimos supra, não são critérios que de *per si* determinem necessariamente a classificação como Q.P.I.⁹¹ Admitimos que exceionalmente poderá o tribunal oficiosamente vir a pronunciar-se, podendo considerar que será uma Q.P.I., se dos autos resultar que a criança está incluída em grupo de risco de saúde e ainda consoante a dificuldade de comunicação entre os pais o aconselhar.

⁹¹ Quanto à possibilidade de um perigo abstrato poder determinar a imposição pelo tribunal de uma obrigação aos pais, vide o Acórdão da Relação de Évora, de 25/6/2015, in www.dgsi.pt. No caso relatado, o tribunal proibiu os pais de inserirem nas redes sociais fotos da filha, com base num perigo geral para todas as crianças. Ainda que a matéria seja diversa, os conceitos base são semelhantes.

c) Caso nada esteja previsto no acordo de RRP a este respeito⁹² ou mesmo nos casos de pais casados ou que vivem juntos, mas discordam da vacinação da criança, tendo presente a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, o legislador estabeleceu um meio processual próprio para resolução do dissenso. Assim, prevê o art. 44º do RGPTC, relativo à "Falta de acordo dos pais em questões de particular importância":

"1 - Quando o exercício das responsabilidades parentais seja exercido em comum por ambos os pais, mas estes não estejam de acordo em alguma questão de particular importância, pode qualquer deles requerer ao tribunal a resolução do diferendo.

2 - Autuado o requerimento, seguem-se os termos previstos nos artigos 35.º a 40.º

3 - O tribunal decide uma vez realizadas as diligências que considere necessárias."

No caso de desacordo dos pais quanto à vacinação contra SARS-CoV-2 (principalmente se não envolve criança que pertença a grupo de risco), de acordo com a regra geral do ónus da prova (art. 342º do Código Civil), deve o requerente justificar porque considera tratar-se de questão de particular importância. Quer quanto à classificação como Q.P.I., quer quanto à decisão a proferir, no sentido de vacinar ou não a criança, damos por reproduzidos os critérios referidos em III-2.

Tendo em conta o disposto no art. 1904º-A do Código Civil, nos casos em que a filiação só está estabelecida quanto a um progenitor, pode ao cônjuge ou ao unido de fato daquele ser igualmente atribuído o exercício das responsabilidades parentais nas Q.P.I. da vida da criança. Portanto, também pode ser o cônjuge ou o unido de fato a vir solicitar ao tribunal a resolução da questão.

d) Poderá o progenitor não residente vacinar a criança?

O progenitor com quem a criança não reside habitualmente não poderá usar o tempo que a criança estiver consigo e, contra a vontade do residente, vacinar a

⁹² Na prática judiciária, a maior parte dos acordos nada discrimina, reproduzindo apenas a letra da lei (o nº 1 do art. 1906º do Código Civil).

criança contra este vírus. De facto, antevendo situações como a descrita, em prol da estabilidade e rotina da criança, o legislador estabeleceu no nº 3 do art. 1906º do CC, que o progenitor com quem a criança temporariamente se encontre «*não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.*»

Em suma, cremos que as razões de estabilidade, segurança e regularidade são igualmente aplicáveis no domínio da saúde da criança.

e) Nos casos de residência alternada, quem decide a vacinação da criança?

Se a criança reside com ambos os progenitores, em períodos alternados, cada um deles é guardião da criança. Tal residência (por si) não determina que a questão da vacinação se torne de particular importância. A solução é semelhante a todas as demais da vida corrente das crianças que se encontram em regime de residência alternada. Em concreto, se um dos progenitores optar por vacinar a criança no período em que esta está consigo, nada haverá a obstar. Situação diversa, como defendemos, será a das crianças com especiais razões de saúde (grave e/ou rara), caso que sendo considerada Q.P.I. a opção pela vacinação terá de ser baseada na indicação médico/científica, de acordo com o princípio da beneficência e do superior interesse da criança. Valem as razões sobreditas quanto a outros casos de vacinação que possam configurar Q.P.I.

f) Se por acordo ou decisão do tribunal a guarda da criança cabe a terceiro, a quem cabe a decisão da vacinação?

Conjugando o disposto nos artigos 1907º, 1918º e 1919º do Código Civil, elege o Dr. Rui Amorim⁹³ um primeiro critério de atribuição do exercício das questões de particular importância, quando a criança é confiada à guarda de terceiro: o

⁹³ Artigo inserido em “A tutela do superior interesse da criança”, ebook CEJ, tomo I, pág. 525 (www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf).

potencial perigo. Concretizando, se a criança ficar em perigo se determinados atos permanecerem na esfera dos pais, então deverão esses atos ser conferidos ao terceiro. E dá como exemplo uma criança com insuficiência renal e que faz hemodiálise semanal, cuidados que devem ficar atribuídos ao terceiro que dela cuida diariamente. Concordamos com a solução.

Quando a criança está confiada a terceira pessoa (art. 1907º do C.C.), cabe ao guardião o exercício dos poderes e deveres que normalmente caberiam aos pais e pode o tribunal determinar que aos pais caibam ainda poderes/deveres residuais, na parte não prejudicada. Em regra, aos pais caberá como que um poder/dever de vigilância quanto à forma como o terceiro cuida da criança. Nestes termos, caberá ao terceiro diligenciar pela vacinação da criança.

g) Nas situações em que os pais acordam que a guarda da criança cabe a terceira pessoa, em que os intervenientes estipulam que as questões de particular importância da vida da criança são resolvidas por acordo de cuidadores e pais, e em que incluem a vacinação contra este vírus como Q.P.I., a existir dissenso, como se resolve?

Além de todas as considerações já expostas, cabe apreciar se a via própria para apreciar a questão será o disposto no art. 44º ou o disposto no art. 67º do RGPTC. Apesar da letra da lei do art.44º do RGPTC (apenas se reportando à falta de acordo dos pais), atenta a similitude de razões, admitimos que possa ser o meio processual adequado para resolver o dissenso. Ademais a ação tutelar cível funcionar como meio subsidiário, inexistindo ação própria.

h) Se o terceiro guardião da criança, que exerce em exclusivo as RRP, optar por não a vacinar, podem os pais vir suscitar ao tribunal a questão da vacinação?

Não estando inibido das responsabilidades parentais, poderá qualquer progenitor, ao abrigo do referido direito de vigilância, pedir ao tribunal que aprecie a forma como estão a ser desempenhadas as funções do cuidador, se fundamentar

estar a ser preterido o interesse do filho. O Acórdão da Relação de Coimbra de 5/11/2019, sobre este dever de vigilância, no caso de uma criança à guarda dos avós maternos, refere que a mãe poderá opinar e fiscalizar o desempenho dos avós quanto a tratamentos médicos e invasivos e intervenções cirúrgicas não urgentes a que a criança seja submetida. Para o efeito, o progenitor requerente deverá socorrer-se de ação tutelar comum, ao abrigo do art. 67º do RGPTC (e não do art. 44º do RGPTC⁹⁴).

i) Pode um outro familiar suscitar a intervenção do tribunal, no sentido de a criança ser vacinada? Por exemplo, poderão fazê-lo os avós que a criança visita, especialmente invocando o risco para a sua própria saúde?

Se foi estipulado um direito de visita da criança ao familiar requerente (art. 1887º do Código Civil), consideramos admissível que formule tal pedido. Tendo presente o exposto quanto à tutela do interesse de terceiros e à tutela do interesse da criança, caberá ao requerente justificar o seu pedido nos termos descritos. Apesar de não estar expressamente previsto no RGPTC situação análoga, a cada direito deve corresponder uma ação adequada a fazê-lo valer em juízo (art. 2º, nº 2 do CPC). Dispõe o art. 123º, nº 1, al. d) da Lei de Organização do Sistema Judiciário que a competência material dos tribunais de menores compreende: conhecer das questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais. Face à amplitude da redação é admissível que seja o tribunal de menores a conhecer esta matéria. Para o efeito, caberá ao requerente intentar ação tutelar comum (art. 67º do RGPTC).

⁹⁴ Difere da situação anterior, pois na primeira os pais e cuidadores decidem por acordo as Q.P.I. e na segunda só o terceiro cuidador exerce os poderes e deveres inerentes às responsabilidades parentais.

j) E se estivermos perante criança acolhida residencialmente ou perante criança aos cuidados de família de acolhimento, quem decide a vacinação contra o SARS-CoV-2?

Nos termos do art. 58º, nº 1, al. b) da LPCJP caberá à casa de acolhimento a prestação de cuidados de saúde à criança. Quanto ao acolhimento familiar, a contratualização do acolhimento entre a família de acolhimento e a instituição de enquadramento fornecerá as diretrizes gerais. O plano de intervenção concretizará direitos e deveres dos intervenientes, sendo que para a sua elaboração também será ouvida a família de origem da criança⁹⁵. Como regra, exercendo a família de acolhimento os poderes e deveres inerentes às responsabilidades parentais, cabe-lhe decidir sobre a vacinação. As dúvidas que os pais poderão colocar serão apreciadas pelo tribunal em revisão de medida ou incidentalmente, em ambos os casos no correspondente processo de promoção e proteção da criança.

- Consentimento para participação da criança em ensaios clínicos

Como referimos, há laboratórios que já realizaram testes da sua vacina contra a SARS-CoV-2 em crianças, outros estão em curso e a generalidade dos produtores tem em vista que a vacina venha a curto prazo a ser disponibilizada a crianças e jovens. É essencial a realização de ensaios clínicos, por fases, para verificar o produto em causa, se é eficaz, se surgem efeitos secundários. A participação ou não da criança em ensaio clínico poderá colocar-se aos nossos tribunais (duas equipas portuguesas pretendem começar testes em humanos das vacinas que desenvolveram contra esse vírus); configurar-se-á como Q.P.I., pela incerteza, potencial gravidade para a criança e raridade.

Cabe deixar algumas notas transversais aos exemplos mencionados. A primeira delas, de índole processual, para explicitar que caso se esteja perante regime provisório, fixado com ou sem o acordo dos titulares das responsabilidades

⁹⁵ Ver artigos 15º, 19º, 23º, nº 1, al. b) e 27º, todos do Decreto-Lei nº 139/2019, de 16 de setembro.

parentais (art. 28º do RGPTC), a resposta às indicadas questões é semelhante. Naturalmente que se a decisão provisória se consubstanciar em autorização para o guardião vacinar a criança e tal se imunização ocorrer, a lide extinguir-se-á por inutilidade superveniente (art. 277º, al. e) do CPC, *ex vi* o art. 33º do RGPTC).

Uma segunda nota quanto à importância de respeitar os princípios da consensualização e da participação de todos os intervenientes, como os pais, os terceiros a quem a criança é confiada e a criança. Decorre expressamente do art. 9º, nº 1 da Convenção dos Direitos da Criança que todos devem ter a possibilidade de participar nas deliberações e dar a conhecer o seu ponto de vista. Como referido na rubrica sobre consentimento, a audição da criança, sempre que a sua idade e maturidade o permitir, é fundamental.

Uma terceira nota é sobre a tutela dos profissionais que procedam à imunização da criança. Se apenas um dos pais se apresenta com a criança para vacinação, tem o profissional de saúde de se assegurar que o outro concorda? Dispõe o art. 1902º do Código Civil:

«1. Se um dos pais praticar acto que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância; a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa fé.

2. O terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado por um dos progenitores quando, nos termos do número anterior, não se presume o acordo do outro ou quando conheça a oposição deste.»

A regra será, pois, a de o profissional proceder à vacinação sem necessidade de presença ou de se assegurar do assentimento do outro progenitor. Diga-se que já antes da redação conferida a esta norma pela Lei nº 61/2008, de 31/10, a conclusão seria idêntica. Assim, o Acórdão da Relação de Évora de 19/6/2008 distinguiu entre atos de exercício ordinário do poder parental e atos de exercício extraordinário, e ao abrigo de tal critério considerou de exercício extraordinário a matrícula em estabelecimento de ensino privado, exigindo consentimento do outro progenitor.

Por fim, uma quarta nota, em jeito de proposta de tramitação processual. Aludimos ao meio processual previsto para os casos de desacordo dos pais (ou outro guardião nas circunstâncias que especificamos) quanto a questões de particular importância da vida das crianças, previsto no art. 44º do RGPTC, que remete para os arts. 35º a 40º do RGPTC. Em síntese, apresentado o requerimento inicial, segue-se a marcação de conferência de pais; se nesta não for obtido acordo, terá lugar mediação ou audição técnica especializada⁹⁶; se também não for obtido acordo por uma destas vias, poderá ter lugar nova conferência, depois alegações e realização de julgamento (sendo apresentada prova a produzir). Esta parece-nos uma via muito morosa e desnecessária para a temática que estamos a analisar. Sugere-se que, ao abrigo do dever de adequação processual (art. 6º do CPC, *ex vi* o art. 33º do RGPTC), se realize conferência de pais e, não sendo obtido acordo, se suscite a intervenção de perito por via de assessoria técnica externa (art. 22º do RGPTC), já que as questões que se possam colocar serão principalmente no âmbito de conhecimentos técnicos e científicos. E nos casos em que os pais requeiram a produção de prova, mormente testemunhal, que se considere fundamental ouvir, que se siga a tramitação prevista quanto aos incidentes da instância (arts. 292º e ss. do CPC), regime para o qual, alias, remetem as regras gerais dos processos de jurisdição voluntária. Deste modo, visa-se permitir uma maior celeridade e adequação processuais, já que a realidade da vida subjacente não é de todo compatível com a morosidade processual que redundaria da aplicação do disposto no art. 44º do RGPTC⁹⁷.

4.2. Casos concretos quanto a vacinação que extravasam a jurisdição de família e crianças

⁹⁶ A título de exemplo, na Comarca Lisboa Oeste aguarda-se em média mais de ano e meio pela realização de audição técnica especializada.

⁹⁷ As mesmas sugestões são válidas para os casos em que for intentada ação tutelar comum.

Por último, umas breves considerações quanto a outros casos concretos que se podem suscitar e que não se enquadram na competência material dos tribunais de família e crianças, como os seguintes:

- viagem da criança para o estrangeiro ou para região autónoma e exigência de realização de teste de despiste do vírus e isolamento profilático

Na jurisprudência brasileira tem vindo a ser suscitada a constitucionalidade de portaria que exige que os brasileiros no exterior (incluindo as crianças com mais de 2 anos de idade) só possam regressar ao país se nas 72 horas antes do embarque realizarem teste PCR e o mesmo for negativo para Covid-19, face à liberdade individual. O STF, em decisão publicada a 27/1/2021, decidiu que não é inconstitucional tal exigência, respaldando-se no direito à saúde de todos os passageiros e na existência generalizada em outros países de medidas restritivas quanto a viagens, face à situação pandémica.

Nos Açores foram apresentadas providências de Habeas Corpus, em situações de portugueses residentes no continente e estrangeiros (incluindo crianças) que se deslocaram para o arquipélago, com prévia realização de testes de despiste negativos, que viajaram próximo de outros que apresentaram teste positivo, e aos quais foi determinada ordem de isolamento profilático em unidades hoteleiras⁹⁸, pela autoridade de saúde local, sem que a privação de liberdade tenha sido submetida a apreciação do tribunal. As correspondentes decisões, com datas de publicação de 14/8/2020 e de 27/8/2020, deferiram a solicitada providência. No comunicado do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores, pode ler-se quanto à primeira, relativa a uma mãe e uma filha menor⁹⁹:

«Aí permaneceram sob permanente vigilância dos trabalhadores do estabelecimento, sem poderem usar as partes comuns ou se ausentarem para passeio

⁹⁸ Foi determinado pela autoridade de saúde que permanecessem no quarto de hotel por vários dias, com cominação de não poderem sair, sob pena de desobediência.

⁹⁹ In página do TJ da Comarca Açores, (www.comarcas.tribunais.org).

higiénico, obrigadas a fazer a limpeza do espaço e das suas roupas e sem que à menor de 9 anos fossem facultados quaisquer materiais lúdicos ou de recreio. As despesas de alojamento e alimentação foram-lhes imputadas, com acréscimo de 4€ por cada deslocação dos trabalhadores do hotel ao quarto.»

- vacinação como requisito de frequência de creche ou de estabelecimento de ensino

Poderá o estabelecimento de infância ou de ensino recusar a frequência da criança não vacinada contra este vírus? Como estamos perante vacina que não consta do Plano Nacional de Vacinação e é facultativa, a resposta seria negativa. No entanto, à semelhança do caso relatado de recusa de Lar em manter utente não vacinado (Tribunal de Instrução de Santiago Compostela), não é de excluir que surjam situações análogas. A surgirem, entendemos não caberem na redação da assinalada al. d) do nº 1 do art. 123º da Lei nº 62/2013, de 26/8 (nem em qualquer outra), não se englobando na competência material dos tribunais de família e menores.

- direito dos cidadãos a certificado de vacinação

Ao longo dos últimos dias tem vindo a ser referida a possibilidade da criação de um certificado de vacinação contra a Covid-19, reconhecido em todos os Estados Membros da União Europeia¹⁰⁰. A globalização e a enorme mobilidade das pessoas, quer por razões de turismo, quer de trabalho ou outras, foram fortemente condicionadas pela pandemia. Com frequência têm sido fechadas fronteiras ou impostas restrições significativas de circulação. As consequências económicas e sociais destas medidas restritivas têm sido particularmente danosas para países e regiões mais desfavorecidos¹⁰¹. Uma forma de reduzir o risco de transmissão do

¹⁰⁰ A Dinamarca e a Suécia avançaram já nesse sentido.

¹⁰¹ Sobre a preocupação de que a disponibilidade das vacinas não acentue as desigualdades dos povos, vide apelos do Diretor Geral da OMS, Tedros Ghebreyesus, como a 29/1/2021, in (www.news.un.org).

vírus e reduzir aquelas medidas seria a atribuição de certificado de vacina, permitindo circular a quem comprove estar vacinado. Não será de estranhar se, por exemplo, um progenitor que vise emigrar com a criança ou um outro que pretenda viajar em turismo solicite a emissão de algum tipo de certificado de vacinação.

- eventuais efeitos adversos das vacinas

Ainda que não haja até ao momento notícia de efeitos adversos graves causados por estas vacinas, não é de excluir que possam acontecer. A ocorrerem e a determinarem o ressarcir de danos, uma amplitude de situações pode ser equacionada, como o defeito do produto (vacina), quiçá por questões de condições de transporte e refrigeração; de administração; da adequação da própria vacina àquela faixa etária, etc. Como curiosidade, fica a referência ao Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça, Processo C-621/15¹⁰² (N.W. e outros contra Sanofi Pasteurs), quanto a responsabilidade civil por vacina alegadamente defeituosa, com base na Diretiva do Conselho 87/374 CEE, de 13 de julho.

Conclusão

A 22/1/2021, o enviado especial da OMS, David Nabarro¹⁰³, afirmou que a humanidade vai poder ter de conviver com a Covid-19 no futuro próximo, tal como ocorre com a sida. Mais aditou que existe um grande risco de novas pandemias e que 75% dos novos vírus vêm do mundo animal, embora, felizmente, muitos surtos locais não se espalhem mundialmente. A cruzada contra o SARS-CoV-2 não se limita aos próximos meses, ou sequer a este ano. Uma vez terminada a vacinação em curso, em função da velocidade de propagação do vírus (que difere de acordo com as várias estirpes) e o cumprimento dos planos de vacinação a nível mundial, o passar de pandémico a endémico poderá demorar anos. E uma vez em fase

¹⁰² In Ponto de Contacto Portugal, redcivil.csm.org.pt.

¹⁰³ In conferência webinar sobre a pandemia.

endêmica, a vacinação poderá continuar a ser necessária, como poderá a Covid-19 tornar-se como uma constipação, que afete mais as crianças¹⁰⁴.

No exercício das responsabilidades parentais cabe aos pais (ou outro guardião a quem foi confiada a criança) zelar pela saúde dos filhos, no que se inclui a realização de vacinas. Em geral, a vacinação será uma questão da vida corrente da criança, a ser decidida pelo guardião. Em alguns casos a vacinação contra SARS-CoV-2 poderá configurar-se como uma questão de particular importância da vida da criança. Na resolução das questões referentes a esta vacinação que os pais ou outros guardiões das crianças suscitem ao tribunal, caberá a este ser o fiel da balança entre a prossecução da autonomia da vontade e a função benéfica da saúde da criança, sem descurar a saúde pública em geral (inclusive mundial em casos de pandemia), nos contornos de cada caso concreto.

Sobre as questões que se possam suscitar quanto à vacinação das crianças, deve ser tido em conta que o que é hoje questão de particular importância para uma criança pode não o ser no futuro e o que é de particular importância para uma criança pode não o ser para as outras crianças. Nesta equação, são determinantes o consentimento informado, a audição e a participação dos intervenientes. A decisão a tomar, à luz de critérios de conveniência e oportunidade, deverá sempre fundar-se no superior interesse da concreta criança em causa.

Novos desafios semelhantes ao que ora temos surgirão. A ciência procurará tratamentos ou vacinas para os novos vírus. E aos tribunais caberá igualmente dar resposta às implicações concretas, num permanente esforço de adaptação à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida.

Como nota de esperança, deixam-se as palavras de Ursula von der Leyen, Presidente da Comissão Europeia, proferidas na sessão plenária do Parlamento Europeu, a 26/3/2020¹⁰⁵:

¹⁰⁴ Estudo Science divulgado pela Sic notícias a 15/1/2021.

¹⁰⁵ In https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action_pt.

«We must look out for each other, we must pull each other through this. Because if there is one thing that is more contagious than this virus, it is love and compassion. And in the face of adversity, the people of Europe are showing how strong that can be.»

Lisboa, 29 de Janeiro de 2021