



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Criminalização da Recusa de Vacinação a Filho Menor

Mariana da Silva Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Criminalização da Recusa de Vacinação a Filho Menor

Mariana da Silva Cunha

Orientador: Professora Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Aos meus pais e à minha irmã.

“Life or death for a young child too often depends on whether he or she is born in a country where vaccines are available or not.”

- *Nelson Mandela*

AGRADECIMENTOS

Um especial agradecimento aos meus pais, por todo o apoio incondicional, e à minha irmã, que me incentivou para a escolha deste tema.

À Vanessa, a primeira a lembrar-me de que eu sou capaz, quando eu própria me esqueço.

Ao Cláudio, por respeitar o meu espaço, silêncio e tempo.

À Catarina, cujas palavras de incentivo trago sempre comigo.

E a todos aqueles que torceram por mim, mesmo sem o verbalizar.

Por último, mas não menos importante, deixo o meu sincero agradecimento à minha orientadora, *Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria*, por me ter transmitido calma e confiança, por me manter motivada durante o processo de escrita, e por ter estado sempre disponível, com toda a sua amabilidade, nas alturas em que necessitei de orientação.

RESUMO

A presente dissertação propõe-se a analisar a possibilidade de criminalizar a recusa dos pais em vacinar os filhos menores, no nosso ordenamento jurídico.

Começamos por fazer a contextualização histórica do aparecimento das vacinas, e referimos a polémica causada pelo estudo de A. Wakefield, que foi o principal responsável pelo fenómeno de “hesitação vacinal”, à escala mundial, e que se mantém até aos dias de hoje.

No capítulo seguinte, questionamos a legitimidade de criminalizar a recusa, centrando-se a nossa análise sobre dois pontos fundamentais: saber se o bem jurídico protegido pela incriminação é dotado de “dignidade penal”, e saber se a tutela desse bem pode ser eficazmente garantida através da aplicação de sanções menos gravosas do que as penais.

Discutimos ainda a necessidade de criação de uma nova norma que tipifique a recusa como crime, uma vez que o nosso Código Penal já prevê, no seu artigo 283.º, o crime de propagação de doença contagiosa. Em ordem a saber se a recusa pode ser abrangida por este artigo, estudamos a estrutura do seu tipo incriminador, com particular incidência no elemento objetivo que o integra.

De seguida, optámos por enquadrar a recusa nos crimes de perigo abstrato, uma vez que a omissão de vacinar representa um perigo quer para a criança, quer para a comunidade onde se insere, ainda que de modo abstrato (não concreto). Parte da doutrina coloca reticências à consagração deste tipo de crimes, que entendem constituir uma tutela demasiado avançada do bem jurídico, suscitando o problema da sua constitucionalidade.

Por fim, damos nota de algumas das medidas adotadas por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, para reagir à recusa parental de administração de vacinas, avaliando a sua praticabilidade e adequação aos casos em concreto.

Palavras-chave: recusa; vacinação; pais; menor; perigo; criminalização.

ABSTRACT

This dissertation proposes to analyze the possibility of criminalizing parental refusal of childhood vaccines, in our legal system.

We begin by making a historical contextualization on the emergence of vaccines, and refer the controversy caused by A. Wakefield's study, which was primarily responsible for the worldwide phenomenon of “vaccine hesitancy”, and still holds to this day.

In the following chapter, we question the legitimacy of refusal criminalization, focusing our analysis on two fundamental points: whether the legal interest protected by criminal offense is endowed with “criminal dignity”, and whether the protection of that legal interest can be effectively achieved through sanctions of a less severe nature than criminal ones.

We also discuss the need to create a new norm that defines refusal conduct as a crime, since our Penal Code, in its article 270, provides for the crime of propagation of contagious disease. In order to know if the refusal can be covered by this article, we study the structure of its incriminating type, with special focus on the objective element that integrates it.

We then chose to frame refusal in the category of abstract danger crimes, since vaccination omission poses danger to both child and the community where she lives, even if in an abstract way (not concrete). Part of the doctrine is reluctant to consecrate such crimes, which they consider to be an overly advanced protection of the legal interest, raising the problem of their constitutionality.

Finally, we consider some of the measures taken by foreign legal regulations to respond to parent’s refusal to administer vaccines, assessing their practicability and suitability to specific cases.

Keywords: refusal; vaccination; parents; minors; danger; criminalization.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS | 1 |
| INTRODUÇÃO..... | 3 |
| CAPÍTULO I - Contextualização histórica | 7 |
| CAPÍTULO II - Criminalizar a recusa em vacinar um filho menor: será legítimo?..... | 10 |
| 1. Segundo a doutrina do bem jurídico..... | 10 |
| 2. Segundo o princípio da subsidiariedade do Direito Penal..... | 14 |
| CAPÍTULO III – Poderá a recusa estar abrangida pelo art. 283.º, n.º 3 do CP?..... | 19 |
| CAPÍTULO IV - A recusa em vacinar como crime de perigo abstrato | 23 |
| CAPÍTULO V - Direito Comparado | 29 |
| 1. Estados Unidos da América (EUA)..... | 29 |
| 2. Itália..... | 33 |
| 3. Austrália | 35 |
| CONCLUSÃO..... | 37 |
| ANEXOS | 40 |
| ANEXO I | 41 |
| Secção 211.2. do MPC - <i>Recklessy Endangering Another Person</i> | 41 |
| ANEXO II..... | 43 |
| Secção 230.4. do MPC – <i>Endangering Welfare of Children</i> | 43 |
| BIBLIOGRAFIA | 44 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AEEPC - Associação de Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo

art./arts. – artigo/artigos

Cap. - Capítulo

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. - edição

et. al. – et. alii: e outros

EUA – Estados Unidos da América

GMC – General Medical Council

I.e/i.e – Isto é/isto é

in - em

ME – Ministro da Educação

MEs – Medical Exemptions

MPC – Model Penal Code

n.º - número

NMEs – Non Medical Exemptions

OMS – Organização Mundial de Saúde

op. cit. – *opus citatum*: da obra citada

p./pp. – página/páginas

p. ex. – por exemplo

PNV – Programa Nacional de Vacinação

proc. – processo

RCPCH – Royal College of Paediatrics

séc. - século

SCOTUS – Supreme Court of the United States

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRP – Tribunal da Relação do Porto

VASPR – Vacina anti sarampo, parotidite e rubéola

V.g – *Verbi gratia*: por exemplo

INTRODUÇÃO

A reticência ou recusa dos pais relativamente a vacinar os filhos, tem sido muito discutida nos últimos anos.

Em primeiro lugar, porque o número de movimentos “antivacinas” é, hoje, maior do que nunca. A desconfiança da comunidade relativamente à segurança das vacinas, iniciou-se com estudo científico conduzido pelo investigador e médico A. Wakefield, em 1988, que publicou um artigo que associava as vacinas ao autismo e outras doenças. Apesar de todos os estudos científicos realizados *a posteriori* terem desmentido a teoria de Wakefield, tendo demonstrado a eficácia e segurança das vacinas, bem como a inexistência de qualquer relação entre a sua administração e o desenvolvimento de autismo, o facto é que a ideia de perigosidade em torno da vacinação ficou bem marcada no seio da comunidade, principalmente entre os adultos, pais de crianças.

O *lobby* anti vacinação tem tido grande impacto, de tal forma que os índices da hesitação vacinal (a relutância ou recusa dos pais em aderir às vacinas disponíveis) aumentaram substancialmente nas últimas décadas. Esta é uma questão que tem preocupado as autoridades de saúde pública, especialmente porque muitos destes movimentos que se insurgem contra a vacinação têm sido apoiados por um grande número de personalidades mundialmente reconhecidas, cuja influência sobre a sociedade tem repercussão a uma escala global. A verdade é que, independentemente do número de recomendações da OMS a advertir para a importância de vacinar, muitos pais optam por não o fazer, por razões religiosas e/ou filosóficas, ou simplesmente por desconfiança relativamente à segurança das vacinas.

Por sua vez, a redução dos índices de imunização levou a que muitas das doenças, evitáveis por vacinação, e que eram bastante raras há poucos anos, se propagassem rapidamente e de forma descontrolada. Aliás, as consequências da recusa em vacinar são bem visíveis na atualidade, uma vez que a Europa se encontra a atravessar uma epidemia de sarampo desde há três anos, tendo-se já registado milhares de casos em mais de 30 países. A OMS já se pronunciou neste sentido, alertando que o sarampo, em particular, já deveria ter sido erradicado há 20 anos, dado que a vacina contra a doença já existe desde os anos 60.

Segundo o SNS, Portugal tem das mais elevadas taxas de cobertura vacinal em todo o mundo. Não obstante os elevados índices de vacinação – e os quais são de aplaudir -, e não descurando o facto de que a vacinação, no nosso país, não é obrigatória (à exceção da vacina do tétano e da difteria), a cobertura vacinal não atingiu ainda os 100%, pelo que os pequenos grupos de crianças e adolescentes desprotegidos, serão sempre suscetíveis de destruir a imunidade de grupo no seio da comunidade onde estão inseridos, aumentando, assim, o risco de ocorrer um surto de doenças altamente contagiosas e potencialmente letais.

A nossa proposta de estudo pretende avaliar, sob o ponto de vista normativo, doutrinal e jurisprudencial, os pontos de vista favoráveis, e os que se mostram limitativos, da criminalização da recusa de vacinação de menores. Alertamos para o facto de, ao longo do presente estudo, enquadrarmos a situação de recusa vacinal no âmbito das relações entre pais e filhos, sendo que certo que, por uma questão de coerência, deverá ser feita uma interpretação extensiva, aplicável às relações entre quaisquer menores e seus tutores ou representantes legais.

Atenta a necessidade de se combater o fenómeno da recusa de vacinas, a discussão em torno da possibilidade de se sancionar estas condutas, pela via da criminalização, não é inovadora. Com efeito, em ordenamentos jurídicos de outros países, têm sido adotadas medidas administrativas no sentido de punir os pais que se recusam a submeter os filhos aos planos de vacinação definidos pelas entidades governamentais. Veja-se, por exemplo, o caso de Itália, em que foram criadas medidas que proíbem que qualquer criança não vacinada, entre os 0 e os 6 anos, possa frequentar escolas ou creches, estando os pais ainda sujeitos ao pagamento de coimas que podem chegar até aos 500 euros. Uma outra abordagem que, a nosso ver, não foi menos eficaz, foi a adotada pelos Estados Australianos, no sentido de aumentar os valores dos abonos de família aos agregados que comprovem ter as vacinas dos menores em dia. Mas mais longe foram os EUA nesta questão, tendo o SCOTUS afirmado a constitucionalidade da aplicação de sanções administrativas aos casos de desrespeito de mandados de imunização obrigatórios.

Pese embora a lei (em nenhum destes países) não preveja a instauração de procedimento criminal contra os progenitores que se recusem a vacinar, sempre se dirá que a institucionalização destas medidas administrativas abre espaço para que, pelo menos, se possa fazer essa ponderação. Não poderemos, no entanto, deixar de retirar a seguinte conclusão: a necessidade de criação e aplicação destas medidas aos casos de

recusa, ainda que configurando medidas de natureza contraordenacional, apenas traduz o reconhecimento, pelos Estados, de que é fundamental punir estas condutas potencialmente perigosas.

Neste sentido, propomo-nos a avaliar a necessidade da tutela penal, i.e, se faz sentido a tipificação legal da recusa ou se, pelo contrário, bastará a aplicação de medidas de outra natureza – que não a penal – para que se concretize, eficazmente, a proteção dos bens jurídicos que aqui se pretendem salvaguardar. Essencialmente, atendemos ao princípio da proibição do excesso punitivo ou da subsidiariedade do Direito Penal, que deve intervir sempre como última *ratio*, quando todos os outros meios de proteção se demonstrarem inadequados ou ineficazes. Assim, para uma correta identificação do problema, teremos que recorrer, numa primeira fase, à definição de *bem jurídico*, que obriga a ponderar a sua dimensão constitucional. Numa fase posterior, examinaremos o momento em que um bem jurídico adquire a sua *fundamentalidade* ou *essencialidade*, i.e, quando adquire a chamada *dignidade penal*, sendo esse o critério indispensável para legitimar a incriminação da conduta.

Uma vez avaliados os critérios, em termos abstratos, que determinam em que medida o Direito Penal pode intervir, tentamos aferir da necessidade penal da tutela dos bens jurídicos *vida e integridade física* protegidos com a incriminação da recusa, à luz da Lei Fundamental, sem deixar de sublinhar que terá sempre de ser atribuída alguma discricionariedade ao legislador penal, o qual, segundo os seus juízos de valor e regras da experiência comum, determinará se a não vacinação justifica a sua intervenção. Não deixamos ainda de referir que a criação de uma norma incriminadora, neste âmbito, suscita questões relativas à incompatibilidade entre direitos individuais e coletivos, uma vez que a proteção da saúde das crianças e da comunidade colide com a liberdade individual dos progenitores, que pretendem ver o seu direito à escolha, a par com as suas convicções, serem respeitados.

Consideramos pertinente, também, abordar o crime de *propagação de doença contagiosa*, previsto no art. 270.º, n.º 3 do CP (a título negligente), uma vez que se tem apontado essa solução legal como sendo a mais indicada para preencher a lacuna que existe nos casos em que é preciso punir os pais “antivacina”. O problema principal que aqui se coloca é o facto de a propagação exigir um contágio efetivo, concreto, o que pode não acontecer em caso de recusa, até porque o estabelecimento do nexo de causalidade entre a recusa e a contração e/ou propagação da doença é, em termos práticos, quase

impossível de concretizar. Achamos, no entanto, que a recusa pode configurar um crime na medida em que se reveste de perigosidade suficiente para os bens jurídicos fundamentais que já referimos. Não sendo certo que uma criança não imunizada possa contrair ou propagar doenças, sabemos que esse risco estará sempre presente. É nessa medida, que pugnamos pela inserção da recusa entre os crimes de perigo abstrato; e fazemo-lo através do paralelismo que estabelecemos com o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto no art. 292.º do CP. Refira-se, contudo, que a criação de tipos legais de crime de perigo abstrato não é isenta de dificuldades, dado o número de questões que se colocam relativamente à sua constitucionalidade, mas poderia revelar-se útil neste contexto dada a importância dos bens jurídicos postos em perigo cuja tutela é fundamental.

Posto isto, resta-nos proceder à análise crítica dos problemas gerados pela recusa de vacinação, estudando os argumentos favoráveis à tipificação legal da recusa pelo legislador penal, à luz da conciliação entre os princípios fundamentais do Direito Penal e da Lei Fundamental, na tentativa de conseguirmos alcançar algum consenso relativamente à possibilidade de se criminalizar a conduta dos pais que se recusam a vacinar os filhos menores.

CAPÍTULO I - Contextualização histórica

A expressão “vacina” deriva da palavra latina *vacca*. Esta palavra teve a sua origem na primeira experiência com vacinas, realizada pelo médico e naturalista britânico Edward Jenner, em 1776. As pessoas que consentiram a realização da experiência e que tinham contraído varíola, foram vacinadas com a descarga da varíola bovina (uma doença que ataca o úbere das vacas). O ponto de partida para Jenner foi quando as leiteiras (que já tinham contraído a varíola) se tornaram resistentes ao tipo de varíola significativamente mais perigosa. O médico administrou a descarga recolhida da mão de uma leiteira infetada com varíola bovina, diretamente num corte do braço de um menino saudável com 8 anos de idade. Sucedeu-se que o menino desenvolveu varíola e, 48 dias depois, quando Jenner o infetou novamente com varíola, ele não ficou doente.¹

Em 1988, A. Wakefield, investigador e cirurgião britânico, em cooperação com outros investigadores, publicou um artigo na revista científica britânica “Lancet”, o qual suscitou a hipótese de uma possível relação entre a VASPR e a contração, pelas crianças, de autismo e outras doenças. Ainda que na maior parte dos estudos científicos realizados, *a posteriori*, se tenha conseguido comprovar a não existência de qualquer relação entre as vacinas e o autismo, a verdade é que após a publicação do artigo se instalou uma controvérsia (em grande escala) relativamente a esta temática, principalmente entre os pais com crianças, os quais ficaram relutantes acerca da fiabilidade das vacinas.

Foi então, em 2004, que dez dos autores do estudo publicado na “Lancet” retiraram, formalmente, o seu apoio à hipótese publicada por Wakefield, o que levou, mais à tarde, a que a própria revista retirasse, definitivamente, o artigo da coletânea das suas publicações.² Em 2010, o GMC alegou que Wakefield conduziu o seu estudo sobre a vacinação de forma “desonesta e irresponsável”, acusando-o de má (e grave) conduta profissional, tendo procedido à revogação da licença médica de investigador britânico. Não conformado com esta decisão, Wakefield intentou uma ação judicial contra o GMC, mas não obteve provimento. O Tribunal Administrativo de Inglaterra e País de Gales declarou, no decorrer da audiência, que “não existe atualmente nenhum corpo de opinião respeitável que apoie a hipótese [de Wakefield], de que a VASPR e o autismo/enterocolite

¹ LILLA, Dr. Dávid. (2007). The evaluation of the refusal to submit to compulsory vaccination in Hungarian criminal law, *Revista Stiinte Juridice*, vol. 2007: 117.

² CRENNA, Stefano; OSCULATI, Antonio e VISONÀ, Silvia D. (2018). Vaccination policy in Italy: An update, *Journal of Public Health Research* 2018, vol. 7: 128.

estão causalmente ligados”. Ainda, em resposta à polémica em torno deste artigo, o Presidente do RCPCH declarou que o “susto” causado pelo estudo de Wakefield relativamente à VASPR, culminou na produção de danos incalculáveis ao Programa de Vacinação do Reino Unido.³

O que se verificou é que, na realidade, o estudo de Wakefield teve impacto não só no seu país de origem, na medida em que influenciou a decisão dos pais em não quererem vacinar os filhos, mas também no resto do mundo. Se, até então, não se levantavam muitas questões em torno da vacinação, foi após a divulgação das conclusões de Wakefield que os índices de imunização sofreram um abalo significativo. Veja-se, aliás, que a OMS reconheceu a hesitação vacinal como uma entre as dez ameaças à saúde global em 2019.⁴ Atualmente, as evidências científicas apontam para um cenário totalmente oposto ao revelado por Wakefield: os estudos realizados demonstram que as vacinas infantis não estão associadas ao autismo. Veja-se, p. ex., a literatura sistemática publicada, em 2014, pela investigadora Margaret A. Maglione (em conjugação de esforços com outros investigadores), em que, após uma resenha aos 67 estudos já realizados, se conseguiu demonstrar que a VASPR não está associada ao autismo.⁵

Em Portugal, o PNV foi criado em 1965, impulsionado pelo panorama epidemiológico das doenças evitáveis por vacinação, na medida em que era desfavorável relativamente aos outros países da Europa. O PNV prevê a vacinação da população de modo universal, vislumbrando alcançar, com particular relevância, a imunização das crianças, as quais, pela sua fragilidade imunológica, são mais suscetíveis de contrair e propagar doenças. Desde a data da sua implementação que o PNV tem vindo a ser atualizado, no sentido da introdução progressiva de novas vacinas e da atualização dos programas vacinais para uma melhor adaptação à realidade epidemiológica.⁶

Apesar de as instâncias europeias de Saúde colocarem Portugal na lista de países em que o PNV é apenas “recomendável” - e não obrigatório -, a verdade é que desde 1962 vigoram ainda duas vacinas com carácter obrigatório: a vacina da difteria e do tétano.

³ WATERMAN, Megan Elyse. (2015). Indorsing Infant Immunity: An Argument for Criminalizing Parent’s Refusal to Immunize Their Children, *Tulsa Law Review*, vol. 51: 159-160.

⁴ *Ten threats to global health in 2019*, disponível para consulta em: <https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019> (consultado em 2/10/2019).

⁵ CRENNNA, Stefano; OSCULATI, Antonio e VISONÀ, Silvia D. (2018). Vaccination policy in Italy: An update, *Journal of Public Health Research* 2018, vol. 7: 128-129.

⁶ LEÇA, Ana et al. (2016). *Programa Nacional de Vacinação 2017*. Acedido em 12/09/2019, em: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/programa-nacional-de-vacinacao-2017-pdf.aspx>.

Ambas foram introduzidas pelo DL n.º 44.198, de 20 de fevereiro de 1962. O DL prevê a obrigatoriedade das vacinas contra a difteria e o tétano, e estabelece que qualquer menor com idade inferior a 10 anos que não esteja vacinado contra essa doença, não poderá frequentar ou fazer exame em qualquer estabelecimento de ensino. Acresce ainda a obrigação da toma dessas vacinas para o exercício de determinadas profissões, nomeadamente no âmbito da função pública. A razão por detrás da necessidade de introdução deste DL reside no facto de, nas décadas de 50 e 60, estas doenças terem altas taxas de mortalidade em Portugal, o que, atualmente, não acontece. Não existem casos registados de contágio por difteria, e entre o ano de 2006 e 2015 registaram-se apenas 15 mortes por tétano.⁷

Apenas relativamente a estas duas vacinas (da difteria e tétano) a lei prevê a aplicação da sanção de proibição da frequência das crianças nos estabelecimentos de ensino (públicos ou privados). Em todos os outros casos de vacinas não obrigatórias (p. ex., a do sarampo), em alguns casos, os pais, quando confrontados com a situação em que precisam de entregar o boletim de vacinas dos filhos no ato da matrícula, contornam essa burocracia através da apresentação de uma declaração da pediatria que comprova que o(a) menor é saudável.⁸ A verdade é que, ainda que se tenha discutido a possibilidade de os estabelecimentos de ensino públicos rejeitarem a inscrição de alunos sem vacinas (que não da difteria e tétano), até à data não entrou em vigor essa medida, uma vez que são muitas as questões que se levantam no que diz respeito à sua legalidade – mormente pelo facto de o direito à educação ser um direito constitucionalmente garantido.⁹ Já no âmbito do ensino particular o mesmo não se aplica, podendo a matrícula e frequência de alunos não vacinados ser legitimamente recusada.¹⁰

⁷ RICO, Carolina, *Vacinação: contra factos (e números) não há argumentos*, disponível para consulta em: <https://www.tsf.pt/sociedade/saude/vacinacao-contra-factos-e-numeros-nao-ha-argumentos-9977807.html> (consultado em 11/07/2019).

⁸ BORJA-SANTOS, Romana, *É mais difícil tomar a opção de não vacinar um filho, mas estou segura do que fiz*, disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/20/sociedade/noticia/e-mais-dificil-tomar-a-opcao-de-nao-vacinar-um-filho-mas-estou-segura-do-que-fiz-1769374> (consultado em 6/05/2019).

⁹ A este respeito, o ME emitiu um comunicado, referindo que as escolas públicas estão obrigadas a comunicar ao centro de saúde da zona as falhas nos boletins de vacinas dos alunos, mas nenhum aluno pode ser impedido de se inscrever se não tiver o boletim de vacinas atualizado. in HENRIQUES, Joana Gorjão, *Escolas obrigadas a comunicar casos de alunos sem vacinas em dia*, disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/19/sociedade/noticia/escolas-obrigadas-a-comunicar-casos-de-alunos-sem-vacinas-em-dia-1769222> (consultado em 3/08/2019).

¹⁰ A AEEPC enviou uma circular aos seus filiados, em 2017, informando que “dentro da sua autonomia pedagógica”, têm legitimidade para recusar a matrícula de alunos no ano seguinte, caso eles não tenham as vacinas em dia, in PAIXÃO, Paulo, *Escolas privadas podem recusar no próximo ano letivo alunos sem*

CAPÍTULO II - Criminalizar a recusa em vacinar um filho menor: será legítimo?

Já vimos que, à exceção das vacinas do tétano e da difteria, a vacinação não é obrigatória em Portugal. E também que, no respeitante a todas as outras vacinas, aos pais que se recusem a vacinar, não lhes é aplicada nenhuma sanção.

Deste modo, vamos proceder ao estudo dos aspetos que se apresentam favoráveis (e também limitativos) à criminalização da recusa em vacinar, atendendo aos critérios *infra*.

1. Segundo a doutrina do bem jurídico

Para ROXIN, “a missão do direito penal consiste em assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica [...] Se esta missão é denominada pela ideia de proteção de bens jurídicos, então estes bens corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Nas palavras do Autor, qualquer incriminação que se refira a comportamentos que não ponham em causa nem o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições necessárias a esse desenvolvimento, será ilegítima.¹¹ Vejamos o seguinte. De acordo com esquema desenvolvido por HEINRICH, no momento de formação da norma incriminadora, o legislador deverá atender a três critérios: àquilo que deve ser protegido, a quem deve proteger-se e contra o quê deve ser protegido.¹² Remetendo estes critérios para o nosso objeto de estudo, temos que a criminalização da recusa terá como escopo primário a proteção dos bens jurídicos *vida, saúde, integridade física*, visando proteger, no imediato, os menores não vacinados, e no mediato, quaisquer outros indivíduos (adultos ou crianças) suscetíveis de contraírem doenças evitáveis por

vacinas em dia, disponível para consulta em: <https://expresso.pt/sociedade/2017-04-20-Escolas-privadas-podem-recusar-no-proximo-ano-letivo-alunos-sem-vacinas-em-dia> (consultado a 2/05/2019).

¹¹ ROXIN, Claus. (2013). O Conceito de Bem Jurídico como Padrão Crítico da Norma Penal Posto à Prova. Em: FIGUEIREDO, Dias (eds.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora. Coimbra, Ano 23, n.º 1, pp. 12-13.

¹² ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 20.

vacinação. O fundamento da incriminação da recusa de vacinação pelos pais não assenta, obviamente, na recusa em si, mas no facto de se pretender evitar a concretização de um dano eventual e futuro.

A concretização do bem jurídico é, naturalmente, complexa e demasiado vaga. Neste sentido, para ROXIN, essa concretização é facilitada se se atender a determinadas diretrizes.¹³ Não sendo possível desenvolvê-las na íntegra, destacamos um dos critérios apresentado por GRECO, o qual nos parece ser o que melhor se insere no âmbito do nosso estudo: não é permitido admitir um bem jurídico coletivo como objeto de tutela de uma determinada norma incriminadora sempre que tal implique simultaneamente a lesão de um bem jurídico individual.¹⁴ Ora, esta diretriz, em particular, no âmbito da criminalização da recusa, suscita uma situação de conflito de direitos, no plano constitucional. Vejamos.

Se com a criminalização da recusa de vacinação pretendemos proteger, por um lado, o direito à saúde pública e individual, por outro também se limita o direito à integridade física (da criança vacinada) e o direito de liberdade de escolha (dos pais, em primeiro lugar e, eventualmente, da criança, a qual em idade adulta poderá se insurgir contra a vacinação). Passamos a explicar. É certo que um pai que não queira vacinar um filho não o faz com o propósito de incutir um mal na criança. Aliás, a esse respeito, sempre se diga que o crime da recusa será negligente. O progenitor que opte por não vacinar, fá-lo a achar que está a agir em representação do superior interesse da criança, na medida em que as suas convicções levam-no a crer que a vacinação é prejudicial. Temos aqui, portanto, o direito do progenitor a tomar as decisões que se lhe afigurem ser as melhores para a criança. Contudo, o certo é que, ainda que de modo inconsciente ou involuntário, a decisão de não vacinar desencadeia um perigo para a saúde de outros indivíduos da comunidade, e não apenas para o menor. É nesta medida que a imposição legal de vacinar consegue resolver o problema, por um lado, mas por outro encontra as suas reservas. Ou seja, embora consigamos proteger os bens jurídicos acima enunciados, através da criminalização da recusa em vacinar, o certo é que estaremos ao mesmo tempo a limitar (embora não, necessariamente, na mesma medida), senão o direito à integridade física do menor, então o direito à liberdade de escolha dos pais. Estamos perante um cenário de

¹³ O Autor refere, entre outros, que a ofensa à dignidade humana não constitui uma lesão do bem jurídico, e que os objetos de tutela abstratos que sejam de difícil apreensão não podem ser tidos, também, como bens jurídicos. *in* ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴ ROXIN, Claus, *Ibidem*.

colisão ou conflito de interesses, na medida em que a esfera de proteção de um direito constitucionalmente protegido interseja a esfera de outro direito, ou colide com uma outra norma ou princípio constitucional.¹⁵

Foi nesta linha que a CRP introduziu uma norma duplamente condicionada, no sentido em que impõe a proibição da restrição dos direitos, liberdades e garantias, de um lado, mas permite tais restrições, por outro, quando estas se limitem ao necessário para salvaguardar outros interesses ou direitos constitucionalmente protegidos.¹⁶ Traça-se um claro limite à criminalização, no sentido em que o legislador penal não pode desrespeitar esta condicionante dupla no ato de criminalização. Terá, assim, de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, através da tentativa de harmonização dos preceitos divergentes, e em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema. É neste sentido que se refere que “O Direito Penal é nada mais do que o direito constitucional concretizado”.¹⁷ Ou seja, tal como aponta a generalidade da doutrina, o instrumento “mediatizador” do conceito de bem jurídico só poderá ser a CRP.¹⁸

Enquadrando esta disposição da CRP ao caso em análise, entendemos que, salvo melhor opinião, estão em confronto valores com diferente valor constitucional, pelo que deverão ser tutelados o direito à vida e integridade física (da criança e comunidade) em detrimento do direito à liberdade de escolha, uma vez que o direito dos pais em decidir, põe em perigo aqueles bens jurídicos de grande importância. Não somos indiferentes ao facto de que são os pais que estão legitimados para decidir, em representação do superior interesse das crianças, uma vez que estas não têm capacidade jurídica para dar o seu consentimento. Mas, se relativamente aos menores os pais têm legitimidade para tomar este tipo de decisões, já não o poderão fazer (ou pelo menos, não devem) relativamente aos filhos de outros. Por sua vez, o direito de um progenitor em não querer vacinar, colide com o direito à vida e integridade física dos membros da comunidade não vacinados, que

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. (2010). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Edições Almedina, SA, p. 301.

¹⁶ Art. 18.º da CRP – (Força jurídica):

2. *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na CRP, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

¹⁷ *Apud.* LOUREIRO, João Carlos. (2010). *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Biomédico*. Em: GODINHO, Inês Fernandes e COSTA, José de Faria, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora. Coimbra, p. 195.

¹⁸ CUNHA, Conceição. (1995). *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, col. “Estudos e Monografias”, Universidade Católica Portuguesa Editora, pp.112-113.

por razões de ordem médica (e não por questões ideológicas ou religiosas) não o puderam fazer. Analisemos agora a essencialidade dos bens jurídicos em causa.

A ofensa a um bem jurídico é o que legitima a intervenção do Estado, enquanto única entidade suscetível de cominar penas criminais. Sendo a função primacial do direito penal a proteção de bens jurídicos, a correta compreensão de bem jurídico na doutrina da infração penal, assume, pois, importância fundamental no sistema do Direito Penal.¹⁹ Diga-se, no entanto, que não é a ofensa a um qualquer bem jurídico que desencadeia um ilícito penal. Neste sentido, para TAIPA DE CARVALHO, só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os valores considerados como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade. Está aqui presente, pois, o critério da *fundamentalidade* ou *essencialidade* do valor ou bem jurídico, o qual constitui o pressuposto irrenunciável, e mínimo, da qualificação do bem jurídico como bem jurídico-penal. Daqui decorre o conceito de “dignidade penal” do bem jurídico, cuja materialização encontra a sua fonte no art. 1.º da CRP.²⁰

Creemos que, neste contexto, a criminalização da recusa em vacinar encontra a sua legitimação na Lei Fundamental. Já aqui vimos que a criminalização da recusa de vacinação, teria como escopo a proteção dos bens jurídicos *vida e integridade física*. Partindo deste pressuposto, estão aqui em causa valores fundamentais inerentes à vida humana. Desde logo, a conduta omissiva dos progenitores é lesiva, ainda que abstratamente, dos bens jurídicos *vida e saúde* (individual e pública), estando esses bens intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.²¹ Portanto, relativamente aos bens jurídicos protegidos pela incriminação da recusa em vacinar, reafirmamos o que já aqui dissemos: estes bens constituem bens jurídicos fundamentais, cuja proteção é especialmente intensa, e a sua ofensa representa um grau de “danosidade” social suficientemente relevante, de modo legitimar a intervenção do Direito Penal.

¹⁹ COSTA, Faria. (2015). *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.ª ed., Coimbra Editora. Coimbra, pp. 161 e 164.

²⁰ CARVALHO, Américo Taipa. (2008). *Direito Penal – Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra Editora. Coimbra, pp. 48-51.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira, *Op. cit.*, p. 301.

2. Segundo o princípio da subsidiariedade do Direito Penal

Não basta para a qualificação de um bem como bem jurídico-penal, que tenha a chamada “dignidade penal”. É impreterível que a tutela dos bens fundamentais, dignos de proteção jurídica, só possa ser conseguida através do recurso às penas criminais.²² A isto acresce que, quaisquer outras sanções jurídicas terão de se revelar ineficazes ou insuficientes para a tutela desses bens. Assim, há que colocar à consideração a hipótese de, não obstante o seu caráter fundamental, existirem valores que possam ser mais eficazmente protegidos através de medidas jurídicas não penais.²³ Esta exigência é designada pela expressão “necessidade penal” ou “carência de tutela penal”. Conforme refere CONCEIÇÃO CUNHA, esta necessidade ou carência de tutela penal decompõe-se em três dimensões: no princípio da subsidiariedade, no sentido de não existirem outros meios capazes de conferir, por si só, proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela; no princípio da adequação e eficácia, designadamente, ser a tutela penal meio adequado, idóneo, eficaz, para a proteção do bem em causa; e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos que benefícios.²⁴

Este pressuposto da “necessidade penal” resulta e fundamenta-se no princípio da intervenção mínima do Direito Penal, na medida em que constitui a última *ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. Esta natureza subsidiária, a qual reveste a forma máxima limitativa da intervenção penal, ocupa o mesmo plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente.²⁵ Portanto, em primeira instância, há que ponderar a necessidade de se aplicarem medidas sancionatórias ao caso em concreto. Em caso afirmativo, o recurso à via penal deve surgir em última instância, primando-se pela aplicação de outras medidas de natureza menos gravosa, se essas medidas se revelarem eficazes e adequadas para proteger os bens jurídicos.

²² DIAS, Figueiredo. (2011). *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo 1, 2.^a ed., Coimbra Editora. Coimbra, p. 128.

²³ Veja-se, a este propósito, as soluções encontradas por outros ordenamentos jurídicos nos casos de recusa vacinal, as quais, nem sempre, se reduzem à aplicação de sanções penais (*infra*, Cap. V).

²⁴ CUNHA, Conceição, *Op. cit.*, p. 220.

²⁵ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 25.

Nesta medida, os ilícitos contraordenacionais surgem como resposta sancionatória específica do Estado, o qual está vocacionado para dar atenção a certas áreas de intervenção de que, nomeadamente, pela sua componente social, se não podem alhear.²⁶ Esta função do Direito de Mera Ordenação Social está concretizada no DL n.º 232/79, de 24 de Julho, e encontra igualmente acolhimento no preâmbulo do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, onde se afirma que o « [...] Direito Criminal deve apenas ser utilizado como a última ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infrações de não comprovada dignidade penal».²⁷

Sendo que já abordamos algumas medidas administrativas adotadas por outros ordenamentos jurídicos (Cap. V, *infra*), aplicáveis nas situações de recusa de vacinação a filho menor, iremos agora proceder à distinção entre o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal.

O traço principal caracterizador do direito criminal administrativo, reside no específico conteúdo do ilícito. Vimos ainda agora que o Direito Penal visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade. Já o mesmo não sucede com o direito criminal administrativo, precisamente porque as proibições ou imposições deste tipo não têm atrás de si um bem jurídico da mesma espécie que as normas do direito criminal. Não quer isto dizer que o ilícito criminal se traduz numa mera *desobediência*, e que não seja também protetor de bens jurídicos. O que acontece é que os bens jurídicos não são, à semelhança do que acontece no Direito Penal, valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e, por isso, indiferentes à ordem moral.²⁸ Não se deve daqui depreender, contudo, que as medidas de natureza não penal constituem meras bagatelas. Mas, enquanto que a imputação subjetiva do ilícito criminal de justiça supõe sempre um juízo pessoal de censura ao agente por ter agido como agiu, a do ilícito criminal administrativo pode bastar-se com a produção do evento proibido (a título de dolo ou negligência), sem que aqui tenha de intervir o elemento da “censura”. Neste seguimento, FIGUEIREDO DIAS classifica os valores

²⁶ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (1997). O Ilícito de Mera Ordenação Social. Em: FIGUEIREDO, Dias (eds.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora. Coimbra, Ano 7, p. 11.

²⁷ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Op. cit.*, pp. 12-13.

²⁸ CORREIA, Eduardo. (2007). *Direito Criminal*, Vol. 1, Edições Almedina, SA, pp. 28-29.

protegidos pelo ilícito criminal administrativo como sendo eticamente indiferentes, ou “axiologicamente neutros”.²⁹

Digamos ainda o seguinte: as sanções consequentes à prática de um ilícito criminal administrativo serão sempre sanções não criminais, quer porque os factos que a elas se liguem não estão tipicamente descritos na lei penal, quer porque não lhe devem ser assinalados os mesmos fins imediatos que às penas criminais. Neste último caso, trata-se daquelas medidas empregadas para conduzir ao cumprimento de um dever.³⁰

É assente que a intervenção penal está limitada ao princípio da subsidiariedade e da proibição de excesso. Do mesmo modo, também nos parece indiscutível a questão de que os bens protegidos pela criminalização de recusa em vacinar constituem bens jurídico-fundamentais, à partida com dignidade penal. Sendo estes bens carentes de tutela penal, então tem o legislador ordinário, nesse caso, de ponderar sobre a necessidade de criminalizar a conduta, atento o princípio da subsidiariedade do Direito Penal e do excesso punitivo, e do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, em sentido amplo. Portanto, ou um comportamento possui dignidade punitiva e deve constituir crime, ou então não a possui, devendo ser descriminalizado e passar a constituir um ilícito contraordenacional.

A pergunta que se coloca é a seguinte: justificará a intervenção do Direito Penal nos casos em que os pais se recusem a vacinar os filhos menores, ou estaremos a incorrer numa violação do princípio da proibição do excesso? Vejamos. Se atendermos ao facto de que os bens jurídicos protegidos por outros ramos do Direito (que não o penal) não são dotados da mesma significância, não se nos afigura oportuna a sua proteção pelo ilícito administrativo. Estamos aqui a falar da preservação de vidas e saúde quer de menores, quer de outros membros da comunidade, podendo o ato de não vacinar atingir resultados muito graves. Veja-se o caso de um jovem de 17 anos, em 2017, que contraiu sarampo através de uma bebé de 13 meses, também ela não vacinada, acabando depois a jovem por falecer. Esta adolescente nunca foi vacinada pelo facto de a sua progenitora possuir

²⁹ CARVALHO, Américo Taipa. (2016). *Direito Penal – Parte Geral*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora Porto. Porto, pp. 137-133.

³⁰ CORREIA, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 30-31.

fortes convicções acerca dos riscos das vacinas.³¹ Ou seja, a melhor resposta que se pode dar a estes casos, é a prevenção.

Mas há que questionar se a prevenção se concretiza com uma mera imposição administrativa, ou se não resta alternativa senão recorrer ao Direito Penal para uma eficaz proteção dos bens jurídicos em causa. Se aderirmos à conceção de FIGUEIREDO DIAS, de que as condutas protegidas pelo ilícito administrativo são axiológico-socialmente neutras ou irrelevantes, então não consideramos que a recusa em vacinar revista essa natureza. Como referimos anteriormente, as consequências da não vacinação podem originar uma lesão grave do bem jurídico, ou até mesmo provocar a sua destruição (como é o caso da morte). Cremos que se pode atribuir um juízo ético de censura aos pais “antivacinas” na seguinte medida: já não estando a referir-nos ao próprio menor não vacinado, destacamos a condição de todos os outros indivíduos não vacinados, cujas vidas são postas em perigo pelo facto de aquele menor estar desprotegido. Portanto, se, por um lado, não somos indiferentes às boas intenções dos pais que se recusam a vacinar, por outro, não podemos nos esquecer dos demais sujeitos que ficam unilateralmente prejudicados com aquela decisão. É neste ponto que se dá a colisão com outras realidades paralelas. E sendo certo que os pais que não vacinam os filhos não têm o intuito de lhes provocar nenhum mal, nem a qualquer membro da comunidade, ainda sim estão cientes – senão, deveriam estar - dessa possibilidade, e mesmo assim optam por não o fazer. É nestes moldes que imputamos o juízo de valor “censura” à conduta da recusa. Portanto, são estas condutas, a nosso ver, axiológico-socialmente relevantes, e as quais definem o critério que está na base do princípio normativo fundamentador da distinção material entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social.³²

TAIPA DE CARVALHO, por sua vez, rejeita a ideia de que as condutas sancionadas pelo ilícito administrativo são indiferentes, ou “axiologicamente-neutras”. Sobre o caso da alcoolemia ao volante, FIGUEIREDO DIAS diz o seguinte: o facto de a condução com uma alcoolemia entre 0,5 e 0,7 g/l constituir uma contraordenação grave, e se for entre 0,8 e 1,1 g/l configurar contraordenação muito grave, mas já se for igual ou superior a 1,2 g/l constituir crime, significa que a conduta de condução com 1,2 g/l, ou mais, de álcool no sangue “torna-se ético socialmente relevante e passa a constituir

³¹ DN/LUSA, *Jovem de 17 anos que morreu com sarampo não estava vacinada*, disponível para consulta em: <https://www.dn.pt/sociedade/jovem-de-17-anos-que-morreu-com-sarampo-nao-estava-vacinada-6229385.html> (consultado em 2/06/2019).

³² CARVALHO, Américo Taipa. (2016). *Direito Penal – Parte Geral, Op. cit.*, p. 138.

substrato suscetível de a ele se ligar a respetiva criminalização – atento o salto *qualitativo* que naquele limite sofre a perigosidade social da conduta e a sua censurabilidade ética. Por sua vez, relativamente a esse caso, TAIPA DE CARVALHO refere que as condutas correspondentes à categoria das contraordenações são, em si mesmas, socialmente desvaliosas e censuráveis. E que, nos casos de alcoolemia acabados de referir, são todas as condutas socialmente censuráveis, pese embora a segunda situação (de contraordenação muito grave) seja mais socialmente perigosa do que primeira, assim como é a terceira relativamente à segunda, o que justifica a aplicação de uma punição de natureza diferente para cada uma delas.³³

Ora, a recusa em vacinar não apresenta variações em si mesma. Quer isto dizer que não existem diferentes graus de recusa, na medida em que ela é perentória e para a sua punição só se poderá admitir um único tipo de sanção. Não temos, portanto, um termo de comparação segundo o qual possamos admitir a aplicação de uma sanção administrativa, para um caso de recusa em vacinar, e a aplicação da lei criminal, para outro caso. Posto isto, se aderirmos à tese de TAIPA DE CARVALHO, no sentido em que as condutas punidas pelas ilícito administrativo não são irrelevantes, nem desprovidas de censura, então colocámos à consideração a possibilidade de se poder punir a recusa de vacinação por outros meios diversos do Direito Penal, conquanto que essa proteção seja capaz de tutelar eficazmente os valores fundamentais em jogo.

Relativamente às categorias de sanções do direito de ordenação social, a principal é a coima. Já o elenco das sanções acessória aplicáveis às contraordenações é demasiado amplo e prevê sanções diferentes entre si, que pode ir desde a imposição de encerramento de estabelecimentos como à interdição do exercício de profissões. Não refutamos que em alguns casos a aplicação destas medidas se possa revelar eficaz para a punição da recusa em vacinar, uma vez que são capazes de atingir níveis muito elevados e implicar sacrifícios muito relevantes. Mas também é certo que, tal como refere CONCEIÇÃO CUNHA, para além da pena detentiva poder representar um sacrifício ainda maior, o próprio facto de a conduta ser considerada crime já desencadeará um efeito preventivo mais forte.³⁴

³³ CARVALHO, Américo Taipa. (2016). *Direito Penal – Parte Geral, Op. cit.*, pp. 138-140.

³⁴ CUNHA, Conceição, *Op. cit.*, p. 357.

CAPÍTULO III – Poderá a recusa estar abrangida pelo art. 283.º, n.º 3 do CP?

São muitas as dificuldades que se colocam na prática quando se trata de punir a recusa em vacinar um filho menor. Vejamos, um dos impedimentos à punição da omissão dos pais, tendo por base os tipos legais já existentes, decorre da dificuldade em estabelecer uma relação causa-efeito entre a não administração de vacinas e a doença. Ou seja, a comprovação do nexo de causalidade entre o facto (a omissão) e o dano (a doença), não é uma tarefa fácil. No caso de uma criança não vacinada que tenha sido contagiada com varíola, p. ex., poderá ser particularmente difícil fazer prova da relação causal entre a incúria dos pais e o contrair da doença pelo menor.³⁵

Mas, ainda que se conseguisse estabelecer essa relação causal, a responsabilização dos pais iria depender da existência de um dever de vacinar consagrado na lei (que já vimos não existir), alicerçado numa base científica que comprovasse que ser vacinado é do maior interesse para a criança. Assim, verificada a inexistência de disposição legal própria, discute-se, numa outra vertente, a possibilidade de qualificar a conduta de recusa em vacinar como crime de propagação de doença, previsto e punido pelo art. 283.º do CP. Como em breve adiantaremos, e salvo melhor entendimento, essa solução não nos parece fazer sentido.³⁶

O crime de propagação de doença contagiosa é um crime de perigo concreto (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) e de resultado (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação). Apesar de não estar suficientemente desenvolvido do ponto de vista doutrinal, é unânime esta classificação (como crime de perigo concreto e de resultado) no seio da jurisprudência e doutrina.³⁷ Antes de

³⁵ CANECO, Sílvia, *Não vacinar as crianças pode ser crime?*, disponível para consulta em: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2017-04-20-Nao-vacinar-as-criancas-pode-ser-crime-> (consultado em 26/06/2019).

³⁶ Art. 283.º do CP - (Propagação de doença contagiosa):

1. Quem:

a) Propagar doença contagiosa;

[...]

e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

3. *Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência*, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, pág. 1010.

prossequirmos com a análise jurídica desta disposição, torna-se impreterível estabelecer o confronto, primeiramente, entre *crimes de dano* e *crimes de perigo* - sendo que relativamente estes últimos cabe ainda fazer a distinção entre *crimes de perigo concreto* e *crimes de perigo abstrato* -, e em segundo lugar entre *crimes de resultado* e *crimes de mera ação*.

Nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico.³⁸ Já nos crimes de perigo a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico. I.e, os crimes de perigo, por contraposição a crimes de dano, «são os crimes em que apenas se verifica (o perigo) de produção dessa lesão. Há aqui como que uma antecipação jurídica de proteção de bens para momentos anteriores à sua efetiva lesão, em que o legislador acautela, punindo, não a agressão a esses bens, mas, mais cedo ainda, o risco que certas condutas podem acarretar para tal agressão».³⁹ *In casu*, importa-nos direcionar o estudo para a dicotomia entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Assim, nos crimes de perigo concreto, o perigo faz parte do tipo; i.e, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo.⁴⁰ Já nos segundos crimes (de perigo abstrato), o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo de proibição. Quer isto dizer que neste tipo de ilícito são tipificados certos comportamento em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto.⁴¹ Conforme referido por TAIPA DE CARVALHO, é esta experiencialmente elevada perigosidade da conduta, juntamente com a grande importância do bem ou bens jurídicos protegidos, que conferem legitimidade constitucional e político-criminal à figura dos tipos de crimes abstratos (à proteção “antecipada” que estes conferem).⁴² Estabelecido este contraponto, debruçemo-nos, finalmente, sobre a figura do crime de propagação de doença.

No crime de propagação de doença contagiosa, o agente, com a sua conduta, deverá ter a intenção de criar perigo para a vida e integridade física de pessoas

³⁸ Um exemplo do crime de dano é o homicídio (art. 131.º do CP), cujo bem jurídico protegido pela incriminação é a vida humana.

³⁹ V.g Ac. do TRE, de 26/10/2004, proc. n.º 486/04-1.

⁴⁰ V.g. crime de abandono (art. 138.º do CP). Só haverá crime de exposição ou abandono se se verificar o preenchimento do elemento do tipo “colocar em perigo a vida de outra pessoa” – tem que se comprovar, efetivamente, que o bem jurídico vida foi posto em perigo.

⁴¹ DIAS, Figueiredo, *Op. cit.*, p. 309.

⁴² CARVALHO, Américo Taipa. (2016). *Direito Penal – Parte Geral, Op. cit.*, p. 305.

individualmente consideradas. Todavia, quer a conduta, quer a criação do perigo, poderão ocorrer a título de negligência, conforme plasmado no n.º 3 do art. 283.º do CP. Como veremos de seguida, faz sentido a inserção (do crime de propagação) na categoria de crimes de perigo concreto, uma vez que basta a criação de um perigo para outrem para que se preencha o tipo de ilícito. Servirá, a título de exemplo, o caso de uma mulher julgada pelo crime de propagação de doença, por ter circulado vários dias em espaços públicos sem qualquer máscara de proteção, quando estava infetada com tuberculose.⁴³ Neste caso, o comportamento da agente acarretou a criação de perigo para a saúde individual e pública, não relevando para aqui o facto de se ter, ou não, verificado o contágio. De acordo com a posição defendida por DAMIÃO DA CUNHA, para o preenchimento do tipo objetivo do crime, não é necessário que haja uma efetiva contaminação (ou que eventualmente se verifique o contágio, mas não se verifique a doença), embora seja necessário que a outra pessoa pudesse, por seu turno, infetar outras pessoas. Terá de haver, portanto, a criação efetiva de um perigo para a vida ou integridade física de outra(s) pessoa(s), independentemente de a(s) mesma(s) ter(em) contraído a doença, ou não.⁴⁴ Fazemos, no entanto, a ressalva de que este entendimento não é consensual na doutrina; para FERNANDA PALMA, não basta a mera possibilidade de transmissão para que se preencha o tipo legal do crime, tendo que existir uma transmissão efetiva, por respeito ao princípio da legalidade.⁴⁵

Ora, atento os contornos do crime de propagação de doença contagiosa, não nos parece plausível afirmar que o mesmo seja aplicável aos pais que privam os filhos das vacinas.

Vejamos que, como supra analisado, o crime de propagação de doença assume-se como crime de perigo concreto e de resultado. Quem não vacina os filhos não está a propagar a doença, apenas a aumentar ou potenciar o risco abstrato de eles próprios – e os outros - contraírem a doença. Não há aqui a criação de um perigo efetivo para a vida de outras pessoas. Logo, também não se dá o preenchimento do tipo objetivo do crime de

⁴³ LUSA, *Mulher condenada a pena suspensa no tribunal de Aveiro por propagação de doença*, disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/pais/mulher-condenada-a-pena-suspensa-no-tribunal-de-aveiro-por-propagacao-de-doenca_n1114031 (consultado em 10/10/2019).

⁴⁴ LAFAYETTE, Alexandre e PEREIRA, Victor de Sá. (2014). *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação Conexa e Complementar*, 2.ª ed., Quid Juris, pp. 793-796.

⁴⁵ FERNANDA PALMA considera que, de forma a respeitar o princípio da legalidade, tem de existir uma transmissão efetiva para estar preenchido o tipo legal de crime, não bastando a mera possibilidade de transmissão. Assim: PALMA, Maria Fernanda. (2005). *Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal*. Em: ASCENSÃO, José de Oliveira (eds.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. 1, Almedina, p. 121.

propagação. Cenário diferente seria se os pais levassem para a escola ou para uma creche uma criança que já sabiam ser portadora de sarampo, e não a mantivessem em quarentena. Esse comportamento já se traduz na propagação de doença, seja a título doloso ou negligente, não tendo como se afastar a perigosidade típica para os bens jurídicos *saúde* e *integridade física* alheios.

CAPÍTULO IV - A recusa em vacinar como crime de perigo abstrato

Urge, relativamente ao ponto que tratamos, tornar mais nítidos e precisos os contornos da razão de ser da punibilidade das situações de pôr-em-perigo. Para FARIA COSTA, a legitimidade da criminalização das condutas de perigo abstrato advém, essencialmente, de se pensar que o elemento “prevenção” está indissolúvelmente ligado à matriz de um ataque antecipado a tudo aquilo que leva à produção do resultado que se quer prevenir. O que se pretende alcançar através da incriminação de uma conduta abstratamente perigosa, é prevenir ou evitar um resultado de dano. Assim que, o perigo, “representa um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido”. Esta ponderação é ela mesma fruto de uma inequívoca valoração, na medida em que *ex ante* se teve que prever um resultado, e para mais um resultado desvalioso.⁴⁶

Salvo melhor entendimento, somos da opinião que a recusa em vacinar poderá configurar um crime de perigo abstrato. Esmiucemos esta questão. A não vacinação de um menor representa sempre um perigo ou ameaça potencial, quer para a sua própria saúde, como também para a dos outros. Enquanto que esta questão nos parece ser indiscutível (a de criação de um perigo), já não será tão linear que o fator “perigo/ameaça” seja concreto, efetivo. Ou seja, citando o Ac. do TRC, de 11/02/2009, proc. n.º 137/06.2GBSRT.C1: «a existência de verificação de um concreto pôr-em-perigo, face à previsão no tipo de ilícito da criação de perigo para a vida ou para a integridade física de outrem», não é tão fácil de comprovar. Designadamente, entre outras, pela questão da previsibilidade. É difícil prever se, porque uma criança não está vacinada, vai adoecer e/ou contagiar outras. Portanto, vislumbrar-se o perigo como sendo “palpável”, efetivo, nesta circunstância, é como que extravasar o sentido que o legislador quis atribuir a este conceito (de perigo concreto). Por outro lado, acolhemos o entendimento de que, classificar a recusa em vacinar como perigo abstrato, não se apresenta como inoportuna. O perigo decorrente de um menor não vacinado é mais suscetível de configurar um perigo abstrato, na medida em que a possibilidade de contágio da doença, apesar de meramente hipotética, existe. Tal como descreve o Ac. do TRC de 14/09/2016, no proc. n.º 331/13.0JALRA.C1: «Nestes crimes [de perigo abstrato] é a própria ação em si que é considerada perigosa pois, atendendo às regras da experiência comum, é considerada apta

⁴⁶ COSTA, Faria. (1992). *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora. Coimbra, pp. 574-587.

a produzir efeitos danosos; contudo, esse perigo que a conduta tipificada encerra, constitui tão só a motivação do legislador para a incriminar, assim, não se torna necessário que, no caso concreto, tal perigo se materialize, já que não está previsto como efeito da ação típica».

Daqui retiramos que está implicada, tão só e apenas, a suscetibilidade de se criar um perigo para o bem jurídico, o que difere da real existência de perigo. Ou seja, a recusa dos pais em vacinar os filhos não representa nenhum perigo concreto, independentemente do número de estudos científicos que comprovem os benefícios da vacinação. Representa, antes, um perigo abstrato, na medida em que uma criança não vacinada está sempre suscetível de criar um perigo para outrem. Há aqui o fator de incerteza no que diz respeito a se verificar o perigo, mas certeza de que a conduta, em si mesma, é perigosa e merecedora de tipificação penal.

A este respeito, FARIA COSTA considera que “não é pelo facto de o perigo, [...] enquanto substantivação de uma situação perigosa, arrastar consigo uma certa indeterminação que ele não pode constituir um válido e importante elemento jurídico-penalmente intencionado”.⁴⁷ Há, contudo, que frisar o seguinte aspeto: não se poderá valorar a legitimidade da incriminação da conduta daquele que atua numa situação de incerteza, mas já se poderá admitir esse cenário numa situação de risco. É que, numa situação de incerteza, a cada decisão correspondem vários resultados, todos eles possíveis, mas sem se conhecer a probabilidade da ocorrência de cada um deles. Ao invés, no segundo caso, a cada decisão correspondem vários resultados, mas no que a estes se refere, consegue-se estimar a probabilidade da sua ocorrência. Portanto, quando usamos das expressões *suscetibilidade*, *potencialidade* e *probabilidade*, referentes à criação de um perigo, estamos a considerar o seu enquadramento dentro do campo de todas as situações em que não se verifiquem juízos de determinação absoluta – pois tal implicaria a conversão dos tipos legais de perigo abstrato em tipos de perigo concreto -, nem tampouco de incerteza absoluta – e o que, neste caso, resultaria numa clara violação do princípio da legalidade. Neste sentido, a jurisprudência alemã conseguiu fornecer (ainda que de forma relativamente simplificada), uma linha de orientação no sentido de se aferir da criação de uma situação de risco: porquanto, haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção. Ou seja,

⁴⁷ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Op. cit., p. 592.

verifica-se “uma situação em que o acontecer jurídico-penalmente desvalioso esteve mais próximo de se verificar do que o não acontecer”.⁴⁸

Por conseguinte, ao cruzarmos esta formulação com a situação da recusa em vacinar o menor, veremos que a lógica é bastante simples: uma criança não vacinada está mais suscetível a contrair e propagar doenças do que uma criança protegida. Portanto, a produção do resultado desvalioso (a contração ou propagação de doenças evitáveis por vacinação), e que aqui a criminalização da recusa pretende evitar, fica mais perto de acontecer, independentemente de a probabilidade de ocorrência do evento ser, variavelmente, maior ou menor. Mas a mera possibilidade de produção do resultado não será suficiente para caracterizar a situação como sendo de perigo; essa possibilidade terá de ser considerada *relevante*. Sendo certo, porém, que este critério terá de ser valorado, através de um juízo de experiência, e a partir do qual se possa afirmar que a situação em causa comporta uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer.⁴⁹

No nosso ordenamento jurídico, a tipificação de crimes de perigo abstrato não é comum, uma vez que se encontra limitada à apreciação de uma série de pressupostos no âmbito constitucional. Com efeito, têm sido levantadas diversas questões em relação à sua constitucionalidade, já que não existiria verdadeira ofensa a um bem jurídico e necessidade de punir. Vejamos, a título de exemplo, o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, regulado no art. 292.º do CP.⁵⁰ Este crime é abstrato e de mera atividade, podendo ser cometido por dolo ou por mera negligência. Segundo PAULA RIBEIRO DE FARIA, o perigo, com efeito, não integra o tipo, existindo apenas atinente presunção do legislador, «as mais das vezes fundada numa observação empírica, de que a situação é perigosa em si mesma, ou seja, que na maioria dos casos em que essa conduta teve lugar demonstrou ser perigosa sob o ponto de vista de bens jurídicos penalmente tutelados».⁵¹ Conforme dita o Ac. do TRP de 26/10/2017, proc. n.º 102/17.4PTPRT.P1,

⁴⁸ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal, Op. cit.*, pp. 593-599.

⁴⁹ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal, Op. cit.*, pp. 596-600.

⁵⁰ Artigo 292.º (Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas):

1 – [...]

2 - Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.

⁵¹ DIAS, Jorge Figueiredo. (1999). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo II*, Coimbra Editora. Coimbra, p. 1093.

na condução de veículo em estado de embriaguez, “a consumação típica de tal ilícito criminal dá-se com o facto de a mera conduta ou atividade desenvolvida pelo agente colocar abstratamente em perigo o bem jurídico ou bens jurídicos protegidos, que neste caso são a vida, a integridade física e o património de terceiros”.

A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato tem sido questionada pelo facto de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico. A doutrina maioritária e o TC pronunciam-se, todavia, pela sua não inconstitucionalidade quando visarem a proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa. Aliás, relativamente à norma extraída do n.º 1 do art. 292.º do CP, o Ac. do TC n.º 95/2011, considerou esta incriminação de perigo abstrato como “necessária” à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, “adequada” à diminuição dos riscos de lesão de tais bens e “proporcionada em sentido estrito”, por assentar em critérios médico-científicos consensualizados que permitem aferir o grau de perturbação dos condutores sobre a influência de álcool.⁵² Portanto, como já referimos, a incriminação do agente sob o efeito de álcool justifica-se pelo estado (em que o mesmo se encontra) constituir um perigo potencial para a segurança rodoviária.⁵³

Nas palavras de FARIA COSTA, e o qual se passa a citar, “De acordo com o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), terá de existir, ao menos, um perigo de lesão de um bem jurídico para que se deva encontrar legitimada a intervenção do Estado”.⁵⁴ Portanto, em termos jurídico-penais, dá-se uma ofensa ao bem jurídico em causa se o bem for atingido na sua estrutura nuclear ou até na sua específica intencionalidade jurídico-normativa. Relativamente a este segmento, podem ser descortinados três graus de ofensividade ao bem jurídico, sendo que para o caso só nos interessa os relativos aos crimes de perigo abstrato.⁵⁵ Para o Autor, não deverá entender-se que o princípio da ofensividade exige, para que exista crime, que se tenha de produzir uma lesão do bem jurídico, podendo encontrar-se no perigo de lesão uma forma de ofensa

⁵² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Op. cit.*, p. 1025.

⁵³ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo 1, *Op. cit.*, pp. 309-310.

⁵⁴ COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *Op. cit.*, 2015, p. 161.

⁵⁵ Faria Costa: “São, pois, constitucionais todos os crimes de perigo abstracto relativamente aos quais se possa ainda encontrar um qualquer nexó entre os seus elementos típicos e a defesa ou tutela – implícita mas inequívoca ou manifesta – de um bem jurídico.” in COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *Op. cit.*, 2015, pp. 163-164.

ao bem jurídico (forma essa, aliás, em que o perigo de lesão constitui o tão-só motivo da incriminação). Neste sentido, havendo a ofensividade do cuidado-de-perigo, este tipo de incriminação não enferma de qualquer vício de inconstitucionalidade.⁵⁶

No mesmo sentido, FIORE recusa a ilegitimidade de disposições incriminatórias fundadas em presunções de perigo, conquanto que estas se dirijam à tutela de bens jurídicos (constitucionalmente significativos). Esta ideologia assenta no facto de o legislador ter liberdade na escolha da técnica de tutela, tendo também a ofensa que ser entendida como lesão ou perigo de lesão dos mesmos bens jurídicos. Assim que, para este Autor, não deverão ser vistas estas normas como exceções ou derrogações ao princípio da ofensividade, desde que o texto legislativo deixa espaço à indagação judicial acerca da potencialidade lesiva da conduta.⁵⁷

Nestes termos, poderá admitir-se que a recusa de vacinação possa deixar configurar-se como um crime de perigo abstrato (legítimo). Veja-se o seguinte. A condução sob efeito do álcool representa um perigo abstrato para a comunidade na medida em que, pelo facto de o condutor se encontrar embriagado, está mais suscetível a causar um acidente rodoviário – o que, por sua vez, é plausível de originar danos para a vida, integridade física e do foro patrimonial. Estes bens jurídicos estão, assim, protegidos pela incriminação da conduta, ainda que da mesma possa não decorrer um perigo concreto. Concretizando, não é certo que o condutor, pelo facto de se encontrar sob o efeito de álcool, provoque um acidente de qualquer espécie. Mas é certo que a condução de veículo nestes termos é suscetível de criar um perigo para os bens jurídicos em causa, porquanto os estudos de natureza científica assim o comprovam. Ora, a probabilidade desse acontecimento suceder está consolidada o suficiente ao ponto de, assim, ser legítima a criminalização da conduta do agente nestas circunstâncias.

Posto isto, cremos que poderá a recusa de vacinação do menor ser criminalizada nos mesmos moldes que a condução de veículo em estado de embriaguez. O menor não vacinado pode não configurar um perigo concreto para a vida e integridade física de outrem, seja porque beneficia da imunidade de grupo, porque se encontra fechado em casa, por mero acaso, ou qualquer fator. Mas o pai que rejeita a administração de vacinas a um filho, está a criar uma ameaça para a saúde da própria criança e/ou da comunidade,

⁵⁶ COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *Op. cit.*, pp. 171-172.

⁵⁷ FARIA, Paula Ribeiro. (2005). *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal - Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Universidade Católica Editora, pp. 110-111.

ainda que meramente hipotética. Há sempre a probabilidade, probabilidade consistente, como exige a legitimidade da criação de um crime de perigo abstrato, da criança adoecer, ou contagiar outros. E se assim é, há que colocar à consideração a possibilidade de, no futuro, a recusa de vacinação vir a ser criminalizada, com fundamentos paralelos à norma do art. 292.º do CP. Isto, claro está, desde que seja possível fundamentar esse perigo com base em estudos científicos de natureza idónea e fidedigna, aliado à ponderação dos critérios *supra* analisados.

CAPÍTULO V - Direito Comparado

1. Estados Unidos da América (EUA)

Atualmente, todos os Estados Norte Americanos preveem a obrigatoriedade de vacinação de crianças que frequentem a creche ou escola, embora o tipo específico de vacinas requeridas – entre outras particularidades – possa variar consoante o Estado de que se trata.⁵⁸ Esta obrigação legal decorre da emissão dos chamados *immunization mandates* (mandados de imunização), os quais existem há mais de um século nos EUA, e têm sido alvo de discussão nos tribunais e na doutrina norte-americanos até aos dias de hoje.⁵⁹ Muito embora haja bastante controvérsia em torno destes mandados, a verdade é que o enfoque dos tribunais, na apreciação desta matéria, tem sido para as causas de justificação da recusa. Nomeadamente, o Estado que emanou o mandado pode admitir a escolha dos pais de não vacinar os filhos – *sem que daí decorram quaisquer consequências legais* - nos casos em que se consiga comprovar clinicamente que o menor padece de uma condição médica que obste e/ou conflitua com a administração de vacinas.⁶⁰ Da mesma forma, poderá igualmente ser atribuída uma isenção aos pais da criança que invoquem razões de ordem ideológica e religiosa, legitimando a sua recusa.⁶¹ Não nos iremos debruçar sobre as isenções de carácter médico, uma vez que relativamente a essas, salvo melhor opinião, dificilmente se poderão levantar objeções. Faremos, outrossim, uma breve explicação sobre o conteúdo das NMEs (isenções de carácter não médico) e da lei que as aboliu.

No início do ano de 2015, o Estado da Califórnia experienciou uma epidemia de sarampo em grande escala, o que conduziu à necessidade de criação de medidas no sentido de se conter e prevenir a propagação da doença. Neste sentido, foi proposta a implementação da lei SB277, a qual prevê a abolição das «isenções não médicas», por forma excluir a possibilidade de os menores não serem vacinados com base nas crenças

⁵⁸ ATTWELL, Katie et al. (2018). Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study, *Vaccine*, vol. 36: 7377-7378.

⁵⁹ Embora a conduta de recusa não seja criminalizada, mas somente punida; no Estado da Califórnia foi implementado o sistema de vedação (às crianças) do acesso às escolas e creches, nos casos em que os pais recusaram cumprir os mandados de imunização.

⁶⁰ São as chamadas *medical exemptions* (MEs). Atualmente, todos os Estados norte americanos atribuem estas isenções aos pais cujos filhos reúnam as condições médicas legalmente requeridas.

⁶¹ Neste caso, apenas 3 dos 50 estados norte-americanos não oferecem isenções não médicas (NMEs) - Califórnia, West Virgínia e Mississippi.

peçoais e/ou religiosas dos pais. O projeto lei foi, porém, submetido a vários processos legislativos até à sua aprovação definitiva. Desde a sua entrada em vigor, foram intentadas cinco ações judiciais com vista à sua revogação, mas nenhuma delas obteve provimento.

A lei encontra a sua *ratio*, por um lado, na abundante evidência a favor da vacinação, na medida em que as vacinas são eficazes na prevenção de doenças. Assim, o escopo dos tribunais, aquando a homologação da lei SB277, foi o de assegurar a proteção da saúde individual e pública das crianças e da comunidade, com a maior abrangência possível, através da exclusão de quaisquer crenças pessoais e/ou religiosas que pudessem obstar ao cumprimento dos mandados de imunização.⁶² Por outro lado, quer a lei quer os mandados de imunização e suas respetivas sanções decorrentes da sua violação, não obstante encontrem o seu suporte nos princípios penalistas e constitucionais – têm sido alvo de inúmeras objeções nos tribunais. Atentemos, pois, aos casos que se seguem.

O SCOTUS determinou que, nos casos em que as imunizações sejam obrigatórias, a aplicação de sanções penais nas situações de recusa é constitucional, estando (contudo) sujeita aos poderes de fiscalização dos estados. A necessidade do Tribunal em se pronunciar sobre esta matéria emergiu do aparecimento de doenças mortais no início dos anos 90, motivo pelo qual se justificou a aplicação das sanções penais nos casos de recusa.⁶³

O primeiro caso de imposição legal de imunização foi o *Jacobson v. Massachusetts*, o qual foi – e atualmente ainda o é - utilizado como referência nas decisões proferidas pelos tribunais no âmbito desta matéria. Em 1905, o caso JACOBSON V. MASSACHUSETTS foi submetido no STJ dos EUA para revisão da sentença condenatória proferida a favor do réu, pelo facto de se ter recusado a cumprir a lei de imunização do seu estado. Essa lei controvertida previa a imunização obrigatória da vacina contra a varíola a todos os adultos não imunizados, a fim de conter um surto de varíola em Cambridge, Massachusetts. Neste processo, o Réu impugnou a constitucionalidade da lei, argumentando que o Estado não poderia aplicar-lhe sanções penais pela sua recusa em auto imunizar-se, uma vez que isso consubstanciava numa invasão irrazoável da sua liberdade.⁶⁴ O tribunal reconheceu que, para determinar o

⁶² REISS, Dorit Rubinstein. (2018). Litigating Alternative Facts: School Vaccine Mandates in the Courts, *Journal of Constitutional Law*, vol. 21: 215-224.

⁶³ A *ratio* da homologação pelo Tribunal destas medidas teve como escopo, evidentemente, a proteção da saúde dos cidadãos americanos.

⁶⁴ Nas palavras do Réu, as leis obrigatórias de imunização seriam “irrazoáveis, arbitrárias e opressivas”.

estatuto obrigatório de imunização como inconstitucional, significaria que qualquer “vacinação obrigatória futura não poderia, de nenhum modo concebível, ser legalmente aplicado numa comunidade, por mais generalizada que estivesse a epidemia da varíola, e o quão profunda e universal fosse a crença da comunidade e dos profissionais de saúde de que um sistema geral de vacinação fosse vital para a segurança de todos”. Assim, o Tribunal confirmou a condenação do Réu e declarou que os estatutos obrigatórios de imunização de Massachusetts eram constitucionais.⁶⁵

Um caso mais recente de obrigatoriedade de imunização é o *Phillips v. City of New York*, ocorrido em 2014 no estado de Nova Iorque. Neste caso, um juiz do tribunal federal do distrito de Brooklyn proferiu uma decisão a desfavor de três famílias que reclamaram que o seu direito à liberdade religiosa foi violado pelo facto de os seus filhos terem sido mantidos afastados da escola, às vezes por um mês, devido às políticas de imunização da cidade.⁶⁶ O tribunal fundamentou a sua decisão com base no caso de Massachussets (*supra* mencionado), invocando assim a legitimidade – e autoridade – dos Estados para decretar medidas de proteção da saúde e segurança dos cidadãos, incluindo imunizações obrigatórias. Durante o julgamento, os réus invocaram que a sentença de 1905 não era aplicável ao caso uma vez que “não há forma de o tribunal antecipar que as crianças fossem sujeitas às vacinas que hoje têm de levar”. O tribunal não concordou e decidiu a favor do estado de Nova Iorque. Tendo os apelantes recorrido da decisão, o “Second Circuit Court of Appeals” confirmou a decisão do tribunal e elencou que o estatuto de imunização do tribunal de Nova Iorque “vai além do que a Constituição requer ao permitir uma isenção aos pais com convicções religiosas genuínas e sinceras”.

Façamos aqui um parêntesis. Estas sanções – que proíbem a matrícula e/ou frequência da criança não vacinada num estabelecimento de ensino - não punem quem seria merecedor de punição, e que são, neste caso, os pais. Portanto, não são os progenitores, os quais adotaram a conduta proibida – de não vacinar – que sofrem qualquer tipo de consequência legal. É a criança que vê o seu acesso à educação a ser vedado e a que, portanto, se assume como destinatária de uma punição que, de modo algum, lhe deveria ter sido dirigida. Não consideramos, atenta esta explicação, que se

⁶⁵ WATERMAN, Megan Elyse. (2015). Indorsing Infant Immunity: An Argument for Criminalizing Parent’s Refusal to Immunize Their Children, *Tulsa Law Review*, vol. 51: 166-167.

⁶⁶ MUELLER, Benjamin, *Judge Upholds Policy Barring Unvaccinated Students During Illnesses*, disponível para consulta em <https://www.nytimes.com/2014/06/23/nyregion/judge-upholds-policy-barring-unvaccinated-students-during-illnesses.html> (consultado em 12/09/2019).

cumpram os princípios da proporcionalidade e adequação, sendo certo que a implementação de medidas de semelhante natureza, no nosso ordenamento jurídico, iria suscitar questões atinentes à sua legalidade.

No sentido de se encontrar uma solução para este problema, tem-se vindo a discutir cada vez mais a possibilidade de fazer uma interpretação das leis penais já existentes, a fim de se poder criminalizar a recusa pelos progenitores. Nomeadamente, uma interpretação extensiva do MPC permite ao sistema judicial criminal a possibilidade de aplicar leis penais, já tipificadas, aos pais que se recusam a vacinar os filhos, quando estejam em causa condutas que coloquem em risco a segurança de outras pessoas. O MPC contém especificamente dois tipos de crimes sob os quais podem os pais ser responsabilizados criminalmente nestas circunstâncias. Analisemos, então, os arts. em causa.

O MPC proíbe expressamente a colocação em perigo (sob a forma negligente) de qualquer ser humano, com inclusão das crianças, na sua secção 211.2, cuja epígrafe é “*Recklessly Endangering Another Person*”. Na nota explicativa da secção 211.2, o legislador refere que esta secção “lida com o perigo negligente nas suas mais variadas formas, i.e, situações nas quais a conduta do agente coloca ou é suscetível de colocar outra pessoa em risco de morte ou lesão corporal grave” (ANEXO I). Igualmente, a secção 230.4 do MPC, estabelece que “o progenitor, tutor ou outra pessoa responsável por supervisionar o bem estar da criança com menos de 18 anos, comete um crime se conscientemente colocar em risco o bem estar da criança ao violar os deveres de cuidado, proteção ou apoio” (ANEXO II). Assim sendo, nos casos em que os pais se recusem a vacinar os menores, existe a eventualidade de os tribunais podem vir a aplicar esta norma.⁶⁷

⁶⁷ WATERMAN, Megan Elyse. (2015). Indorsing Infant Immunity: An Argument for Criminalizing Parent’s Refusal to Immunize Their Children, *Tulsa Law Review*, vol. 51: 168-170.

2. Itália

No âmbito da vacinação, a Itália possui um historial manifestamente assimétrico. Até aos anos 90, as vacinas legalmente obrigatórias eram administradas sem qualquer custo, e os estatutos previam a aplicação de multas e a expulsão de quaisquer crianças não vacinadas das escolas e creches. A reviravolta na política deste país dá-se a partir do ano de 1999, com a emanção de um decreto do Ministério da Educação, o qual passou a permitir a frequência de crianças não vacinadas nos estabelecimentos de ensino. Esta permissão teve por base a Constituição italiana, na qual se encontrava assegurado o direito à educação na mesma medida do direito à saúde. Daqui em diante, os mandados de vacinação permaneceram regulados na lei, mas deixaram de ser executados.

Em 2013, um tribunal de primeira instância da cidade de Rimini, declarou que as vacinas foram responsáveis por causar autismo a uma criança, o que rapidamente se alastrou pelos meios de comunicação social.⁶⁸ Desde então, a percentagem de vacinação a nível nacional decaiu significativamente. Por forma a inverter esta situação, foi criado o “*Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2017-2019*”, o qual introduziu alguns aspetos inovadores, entre os quais novas vacinas abrangidas pelo Sistema Nacional de Saúde, maior abrangência da população alvo e a implementação do registo de vacinas online. Adicionalmente, com a implementação do DL n.º 73/2017 de 7 de junho, passou a ser obrigatória a administração de dez espécies de vacinas a crianças com idades compreendidas entre os 0 e 16 anos, bem como a menores estrangeiros desacompanhados. É ainda requerido aos pais que façam prova das “vacinas em dia” dos filhos (com 6 anos ou menos), no ato da matrícula em creches ou escolas, sob pena de não ser permitida a sua inscrição. Já os que têm entre seis e 16 não podem ser impedidos de frequentar a escola mas os pais enfrentam multas no valor entre os cem e os quinhentos euros.⁶⁹

Ainda, veja-se a tomada de posição da jurisprudência quanto à imposição da administração de vacinas. O Tribunal Constitucional pronunciou-se relativamente à constitucionalidade da Lei n.º 51/1966, de 4 de Fevereiro (a qual prevê a obrigatoriedade da vacina do vírus da poliomielite), no sentido em que a mesma «não fornece, pelo

⁶⁸ ATTWELL, Katie et al. (2018). Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study, *Vaccine*, vol. 36: 7379-7380.

⁶⁹ RICCIARDI, Walter, et al. (2018). Moving towards compulsory vaccination: the Italian experience, *The European Journal of Public Health*, vol. 28: 2.

Estado, uma indemnização justa no caso de danos decorrentes da infeção ou outra doença eventual, devida à vacinação anti-poliomelítica obrigatória».⁷⁰

Se, por um lado, o Estado tutela os bens jurídicos fundamentais *vida e integridade física*, razão essa pela qual se impõe aos cidadãos a toma de vacinas, pelo outro, visa acautelar a compensação de eventuais danos que possam advir da sua administração. À sentença do tribunal seguiu-se a aprovação da Lei n.º 210/1992 de 25 de fevereiro, a qual continua em vigor, sendo que também ela prevê uma «compensação a favor dos lesados com complicações irreversíveis devido às vacinações obrigatórias, transfusões e administração de produtos sanguíneos». A despeito de a violação da obrigação de vacinar não configurar nenhum crime, verifica-se, contudo, a necessidade do Estado em sancionar a conduta dos pais que não cumpram com o legalmente estabelecido.

⁷⁰ CRENNA, Stefano; OSCULATI, Antonio e VISONÀ, Silvia D. (2018). Vaccination policy in Italy: An update, *Journal of Public Health Research* 2018, vol. 7: 128-131.

3. Austrália

No que diz respeito à punição dos pais “antivacinas”, a Austrália ainda não ponderou pela criação de leis penais, tendo ao invés optado pela implementação de leis administrativas que preveem políticas fiscais dissuasoras.

Na Austrália, a cobertura de vacinação infantil apresenta índices bastante elevados. Em 2017, foi realizado um estudo que revelou que 94% das crianças com 5 anos de idade estavam cobertas pela vacinação. Estas estatísticas não surpreendem, uma vez que a maioria da população australiana acredita que a vacinação infantil é de extrema importância, e que o surgimento de doenças evitáveis pela vacinação representa um sério risco para as crianças desprotegidas.

Apesar destas estatísticas, e por forma a incrementar ainda mais a percentagem de cobertura de vacinação infantil, o governo australiano, em 1988, implementou uma política chamada “*Immunisation Seven Point Plan*”, a qual exigia aos pais das crianças que fizessem prova da sua imunização. Aos pais que se recusassem a vacinar os filhos, era-lhe dado um formulário de preenchimento - o “*Immunisation Exemption Conscientious Objection Form*” -, no qual invocam as suas objeções religiosas, ideológicas ou médicas (são os chamados “objetores conscientes”), com vista a poderem ser isentos dessa obrigatoriedade; posteriormente, recebiam aconselhamento por parte de um profissional de saúde no sentido de os incentivar à adesão da vacinação. Ainda assim, o Plano previa a atribuição de benefícios e incentivos fiscais aos pais não complacentes, desde que preenchessem o referido formulário.⁷¹

Nos últimos anos, começou-se a verificar o aumento do número de registos de pais na qualidade de “objetores conscientes”, o que moveu o governo a introduzir a lei “*No Jab, No Pay*” no ano de 2016. Esta lei prevê a exclusão do acesso aos cuidados infantis, aplicável aos pais que se opuserem à vacinação - independentemente das razões invocadas -, e benefícios fiscais familiares (os quais se avaliam até, aproximadamente, \$ 15.000,00) aos agregados que comprovem a “vacinação em dia” dos menores. Embora esta lei tenha sido direcionada aos chamados “objetores conscientes”, o seu escopo é o de incentivar todas as famílias a agir, no sentido de garantir que todos os menores sejam

⁷¹ TRENT, Mallory J et al. (2019). Parental opinions towards the “No Jab, No Pay” policy in Australia, *Vaccine*, vol. 37: 5250-5256.

vacinados à luz do programa recomendado. Paralelamente, e à semelhança do que foi implementado em Itália e nos EUA, vários Estados introduziram políticas "*No Jab, No Pay*", em que se exige que as crianças sejam vacinadas por forma a poderem frequentar as creches.

A implementação da lei "*No Jab, No Pay*" demonstrou ser eficaz, na medida em que contribuiu, significativamente, para uma maior adesão dos pais às vacinas, dado que as estatísticas demonstram que os índices de vacinação se situam, atualmente, entre os 92% e os 93%.

Não poderemos deixar ainda de referir que, relativamente à aplicação destas medidas, a Austrália optou por uma abordagem "inteligente", na medida em que estas sanções de natureza fiscal se dirigem apenas (e justamente) aos únicos titulares responsáveis pela comissão da infração – *os pais* -, não havendo qualquer tipo de dano colateral que afete as criança. Mais, esta solução revela-se particularmente interessante, na medida em que não se cinge somente à aplicação de medidas pelo lado negativo (o que acontece na aplicação de coimas), mas também cria incentivos para os pais que, de alguma forma, se encontrem relutantes em vacinar.

CONCLUSÃO

Chegado o momento de tecer as considerações finais, resta-nos sopesar as várias posições adotadas nesta matéria, na tentativa de se chegar a um entendimento minimamente consensual.

A questão fundamental que se colocou no início desta dissertação, e que constituiu o ponto de partida para o seu desenvolvimento, é a de saber se é legalmente admissível punir, criminalmente, os pais que se recusam a vacinar os filhos. Neste sentido, pensamos não ser possível afirmar que a resposta a esta questão é linear. Diga-se, até, que pelo contrário. As conclusões que retiramos encontram-se, ainda, numa fase inicial de reflexão, uma vez que exigem um estudo mais aprofundado. Porém, não deixaremos de expor as conclusões a que chegámos com esta tese, ainda que possam ser controvertidas.

Em primeiro lugar, consideramos pertinente referir o seguinte: a punição da recusa, ainda que por outra via que não a criminal, terá espaço para ser admitida pelo nosso ordenamento jurídico. Ou seja, não cremos que seja descabido falar na punição da recusa, se atendermos às consequências que dessa recusa podem advir - e as quais, aliás, são hoje bem visíveis. Não obstante, temos consciência que a criminalização dessa omissão é polémica. O caso da jovem de 17 anos que morreu com sarampo, e que não estava vacinada contra a doença, reavivou a discussão sobre a necessidade de se adotar medidas de prevenção, nomeadamente através da punição da recusa. A este propósito, abordámos a possibilidade de esta punição ser feita ao abrigo do art. 283.º, n.º 3 do CP, como um crime de propagação de doença contagiosa. Não concordamos com essa posição, porquanto não se preenche o elemento objetivo do crime “*quem propagar doença contagiosa*”. Independentemente da opção por qualquer uma das posições conflituantes entre DAMIÃO CUNHA e FERNANDA PALMA – que defendem, respetivamente, bastar a mera possibilidade de transmissão da doença ou ser necessária uma transmissão efetiva-, não consideramos pertinente falar-se, *in casu*, de propagação de doença, uma vez que a recusa de vacinação não se lhe assemelha. Um progenitor que não queira vacinar, e a não ser que seja ele próprio portador de doenças, não está a propagar doença alguma. Apenas estará a potenciar o risco de que o contágio de doenças venha a ocorrer no futuro. De qualquer forma, mesmo que se sustente a tese de que basta a mera possibilidade de transmissão da doença para preencher o tipo, este exige ainda que a criação desse perigo seja efetiva, o que não sucede.

Após o confronto entre crimes de perigo concreto e abstrato, concluímos que a recusa parental relativamente às vacinas só poderá configurar, salvo melhor entendimento, um crime de perigo abstrato. Estes crimes caracterizam-se pelo fator ligado à “probabilidade” ou “potencialidade” de o facto danoso vir a ocorrer. Isto é, a atividade desenvolvida pelo agente (que poderá revestir a forma de omissão), é suscetível de produzir um resultado desvalioso, ainda que se admita a hipótese de esse resultado nunca se vir a concretizar. No caso da recusa da vacinação, a omissão configura um perigo abstrato, na medida em que existe um perigo potencial de a criança desprotegida poder contrair e, eventualmente, propagar alguma doença. Reiteramos esta posição ao estabelecer a comparação com o crime previsto no art. 292.º do CP, que tanto a doutrina como a jurisprudência, inserem na categoria dos crimes de perigo abstrato. Um agente que conduza sob o efeito de álcool ou substâncias psicotrópicas, representa um perigo para a comunidade porque pode vir a causar um acidente. O acidente poderá, no entanto, nunca ocorrer, mas a conduta do agente não deixa de ser perigosa, ainda que em abstrato. Relativamente às questões constitucionais em torno destes crimes, sustentamos a constitucionalidade da criminalização da recusa. Não concordamos com a tese de que a ofensividade do bem jurídico implica necessariamente a sua lesão, entendendo como FARIA COSTA, que também se pode antever no perigo de lesão do bem tutelado uma forma de ofensa. Ainda, quanto ao problema colocado por FIORE, que considera ilegítimas as disposições incriminatórias fundadas em perigo quando não se dirigem à tutela de bens jurídicos fundamentais, não há dúvida acerca da inclusão da vida e da integridade física individual e coletiva no núcleo essencial dos bens jurídicos da coletividade.

Consideramos que estes bens jurídicos, protegidos pela incriminação, não são uns quaisquer bens, mas são dotados de dignidade penal. Estamos aqui a falar de bens fundamentais primários, inseridos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias da CRP, cuja ofensa legitima a intervenção do Estado. No entanto, tem que se ponderar ainda um outro critério, e o qual consideramos ser aquele que apresenta mais limitações à criminalização da recusa – o princípio da subsidiariedade penal ou da proibição do excesso punitivo. Sendo que apenas se poderá recorrer ao Direito Penal em última instância, quando todas as outras medidas de natureza menos gravosas se revelarem insuficientes ou ineficazes, não desconsideramos, na totalidade, a necessidade de recorrer ao Direito Penal. É aqui que poderão surgir mais dúvidas. Se aderirmos à conceção de

FIGUEIREDO DIAS, quando considera que as condutas sancionadas pelo Direito de Mera Ordenação Social são “axiologicamente neutras”, então inclinamo-nos para a aplicação do Direito Penal, uma vez que, anteriormente defendemos, achamos que a recusa é axiologicamente censurável. Se, no entanto, aderirmos à posição de TAIPA DE CARVALHO, que considera poder censurar as condutas que subjazem ao ilícito criminal administrativo, então consideramos excessivo o recurso à via criminal. Note-se que não discordamos, em absoluto, da aplicação de medidas de natureza administrativa aos casos de recusa, conquanto que as mesmas sirvam para punir, unicamente, os agentes responsáveis pela criação de perigo – portanto, os pais. Não podemos é concordar com a aplicação de sanções que restrinjam (direta ou indiretamente) os direitos das crianças, pelo que deverá sempre proceder-se a uma ponderação cuidada quanto à escolha dessas medidas.

Ainda, no estudo das soluções de outros ordenamentos jurídicos, consideramos que foi a Austrália que adotou as medidas mais justas e eficazes, que se traduzem em sanções fiscais que beneficiam e prejudicam, respetivamente, os pais que optam por vacinar os filhos, e os que decidem não o fazer. Neste sentido, apenas os pais são prejudicados, contrariamente ao que se instituiu nos EUA e em Itália. Aplaudimos, por um lado, a obrigatoriedade de vacinação, nos EUA, através dos mandados de imunização, que têm sido eficazmente executados. Por outro, não podemos concordar com as medidas decorrentes da violação dos mandados, que privam as crianças de frequentar os estabelecimentos de ensino, na medida em que as convertem em alvo das referidas sanções, e não os progenitores. No mesmo sentido, atuou o governo italiano, estando prevista a proibição de matrícula das crianças, entre os 0 e 6 anos, nas creches e escolas. Concordamos, porém, com a aplicação de coimas, por atingirem “quem de direito”, embora restem algumas dúvidas relativamente à sua eficácia, dado que o pagamento da coima, para alguns indivíduos, pode não ser tão impactante quanto se pretenda, para além de que não soluciona o problema do menor que continua desprotegido.

ANEXOS

ANEXO I

Secção 211.2. do MPC - *Recklessly Endangering Another Person*

Art. 211 DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES Pt. II

The remaining two offenses in Article 211 generalize principles found in antecedent statutes addressed only to ad hoc situations, such as reckless driving of a motor vehicle or reckless use of firearms. Section 211.2 deals with reckless endangerment by any means, i.e., situations where the actor's conduct recklessly places or may place another person in danger of death or serious bodily injury. Section 211.3 deals with terroristic threats, i.e., situations where the actor threatens to commit a crime of violence with purpose to terrorize another person or a group of persons.

Section 211.0. Definitions.

In this Article, the definitions given in Section 210.0 apply unless a different meaning plainly is required.

Section 211.1. Assault.

(1) Simple Assault. A person is guilty of assault if he:

(a) attempts to cause or purposely, knowingly or recklessly causes bodily injury to another; or

(b) negligently causes bodily injury to another with a deadly weapon; or

(c) attempts by physical menace to put another in fear of imminent serious bodily injury.

Simple assault is a misdemeanor unless committed in a fight or scuffle entered into by mutual consent, in which case it is a petty misdemeanor.

(2) Aggravated Assault. A person is guilty of aggravated assault if he:

(a) attempts to cause serious bodily injury to another, or causes such injury purposely, knowingly or recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life; or

(b) attempts to cause or purposely or knowingly causes bodily injury to another with a deadly weapon.

Aggravated assault under paragraph (a) is a felony of the second degree; aggravated assault under paragraph (b) is a felony of the third degree.

Explanatory Note for Sections 211.1–211.3 appears before Section 211.0. For detailed Comment to 211.1, see MPC Part II Commentaries, vol. 1, at 174.

Section 211.2. Recklessly Endangering Another Person.

A person commits a misdemeanor if he recklessly engages in conduct which places or may place another person in danger of

death or serious bodily injury. Recklessness and danger shall be presumed where a person knowingly points a firearm at or in the direction of another, whether or not the actor believed the firearm to be loaded.

Explanatory Note for Sections 211.1–211.3 appears before Section 211.0. For detailed Comment to 211.2, see MPC Part II Commentaries, vol. 1, at 194.

Section 211.3. Terroristic Threats.

A person is guilty of a felony of the third degree if he threatens to commit any crime of violence with purpose to terrorize another or to cause evacuation of a building, place of assembly, or facility of public transportation, or otherwise to cause serious public inconvenience, or in reckless disregard of the risk of causing such terror or inconvenience.

Explanatory Note for Sections 211.1–211.3 appears before Section 211.0. For detailed Comment to 211.3, see MPC Part II Commentaries, vol. 1, at 205.

ARTICLE 212. KIDNAPPING AND RELATED OFFENSES; COERCION

Explanatory Note for Sections 212.1–212.5

Article 212 is primarily designed to effect a major restructuring of the law of kidnapping as it existed at the time the Model Code was drafted. Many prior kidnapping statutes combined severe sanctions with extraordinarily broad coverage, to the effect that relatively trivial restraints carried authorized sanctions of death or life imprisonment. Sections 212.1, 212.2, and 212.3 not only narrow the definition of the most serious forms of unlawful restraint but propose an integrated grading structure designed to remove this anomaly from the law.

Section 212.1 confines the most serious offenses to instances of substantial removal or confinement for a series of specified purposes, such as to hold for ransom or reward or to interfere with the performance of a governmental function. The removal or confinement must be accomplished by force, threat, or deception, or in the case of underage children or incompetents, without the consent of a parent or other appropriate person. The offense is graded as a felony of the first degree unless the actor voluntarily releases the victim alive and in a safe place prior to trial. Otherwise, it is a felony of the second degree.

ANEXO II

Secção 230.4. do MPC – *Endangering Welfare of Children*

Art. 230 DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES Pt. II

under Subsection (2), a person who induces or knowingly aids a woman to use instruments, drugs or violence upon herself for the purpose of terminating her pregnancy otherwise than by a live birth commits a felony of the third degree whether or not the pregnancy has continued beyond the twenty-sixth week.

(5) Pretended Abortion. A person commits a felony of the third degree if, representing that it is his purpose to perform an abortion, he does an act adapted to cause abortion in a pregnant woman although the woman is in fact not pregnant, or the actor does not believe she is. A person charged with unjustified abortion under Subsection (1) or an attempt to commit that offense may be convicted thereof upon proof of conduct prohibited by this Subsection.

(6) Distribution of Abortifacients. A person who sells, offers to sell, possesses with intent to sell, advertises, or displays for sale anything specially designed to terminate a pregnancy, or held out by the actor as useful for that purpose, commits a misdemeanor, unless:

(a) the sale, offer or display is to a physician or druggist or to an intermediary in a chain of distribution to physicians or druggists; or

(b) the sale is made upon prescription or order of a physician; or

(c) the possession is with intent to sell as authorized in paragraphs (a) and (b); or

(d) the advertising is addressed to persons named in paragraph (a) and confined to trade or professional channels not likely to reach the general public.

(7) Section Inapplicable to Prevention of Pregnancy. Nothing in this Section shall be deemed applicable to the prescription, administration or distribution of drugs or other substances for avoiding pregnancy, whether by preventing implantation of a fertilized ovum or by any other method that operates before, at or immediately after fertilization.

Explanatory Note for Sections 230.1–230.5 appears before Section 230.1. For detailed Comment to 230.3, see MPC Part II Commentaries, vol. 2, at 426.

Section 230.4. Endangering Welfare of Children.

A parent, guardian, or other person supervising the welfare of a child under 18 commits a misdemeanor if he knowingly endangers the child's welfare by violating a duty of care, protection or support.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2015). *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed., Universidade Católica Editora.

ANDRADE, José Carlos Vieira. (2010). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Edições Almedina, SA.

CARVALHO, Américo Taipa. (2008). *Direito Penal – Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra Editora. Coimbra.

CARVALHO, Américo Taipa. (2016). *Direito Penal – Parte Geral*, 3.^a ed., Universidade Católica Editora Porto. Porto.

CORREIA, Eduardo. (2007). *Direito Criminal*, Vol. 1, Edições Almedina, SA.

COSTA, Faria. (2015). *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.^a ed., Coimbra Editora. Coimbra.

CUNHA, Conceição. (1995). *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, col. “Estudos e Monografias”, Universidade Católica Portuguesa Editora.

DIAS, Figueiredo. (1999). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo II*, Coimbra Editora. Coimbra.

DIAS, Figueiredo. (2011). *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo. 1, 2.^a ed., Coimbra Editora. Coimbra.

LAFAYETTE, Alexandre e PEREIRA, Victor de Sá. (2014). *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação Conexa e Complementar*, 2.^a ed., Quid Juris.

LOUREIRO, João Carlos. (2010). *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Biomédico*. Em: GODINHO, Inês Fernandes e COSTA, José de Faria, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora. Coimbra.

PALMA, Maria Fernanda. (2005). Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal. Em: ASCENSÃO, José de Oliveira (eds.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. 1, Almedina, p. 121.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (1997). O Ilícito de Mera Ordenação Social. Em: FIGUEIREDO, Dias (eds.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora. Coimbra, Ano 7, p. 11.

ROXIN, Claus. (2013). O Conceito de Bem Jurídico como Padrão Crítico da Norma Penal Posto à Prova. Em: FIGUEIREDO, Dias (eds.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora. Coimbra, Ano 23, n.º 1, pp. 12-13.

Documentos on-line:

LEÇA, Ana et al. (2016). *Programa Nacional de Vacinação 2017*. Acedido em 12/09/2019, em: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/programa-nacional-de-vacinacao-2017-pdf.aspx>.

Páginas Web:

BORJA-SANTOS, Romana, *É mais difícil tomar a opção de não vacinar um filho, mas estou segura do que fiz*, disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/20/sociedade/noticia/e-mais-dificil-tomar-a-opcao-de-nao-vacinar-um-filho-mas-estou-segura-do-que-fiz-1769374> (consultado em 6/05/2019).

CANECO, Sílvia, *Não vacinar as crianças pode ser crime?*, disponível para consulta em: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2017-04-20-Nao-vacinar-as-criancas-pode-ser-crime-> (consultado em 26/06/2019).

DN/LUSA, Jovem de 17 anos que morreu com sarampo não estava vacinada, disponível para consulta em: <https://www.dn.pt/sociedade/jovem-de-17-anos-que-morreu-com-sarampo-nao-estava-vacinada-6229385.html> (consultado em 2/06/2019).

HENRIQUES, Joana Gorjão, *Escolas obrigadas a comunicar casos de alunos sem vacinas em dia*, disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/19/sociedade/noticia/escolas-obrigadas-a-comunicar-casos-de-alunos-sem-vacinas-em-dia-1769222>

MUELLER, Benjamin, *Judge Upholds Policy Barring Unvaccinated Students During Illnesses*, disponível para consulta em: <https://www.nytimes.com/2014/06/23/nyregion/judge-upholds-policy-barring-unvaccinated-students-during-illnesses.html> (consultado em 12/09/2019).

PAIXÃO, Paulo, *Escolas privadas podem recusar no próximo ano letivo alunos sem vacinas em dia*, disponível para consulta em: <https://expresso.pt/sociedade/2017-04-20-Escolas-privadas-podem-recusar-no-proximo-ano-letivo-alunos-sem-vacinas-em-dia> (consultado a 2/05/2019).

RICO, Carolina, *Vacinação: contra factos (e números) não há argumentos*, disponível para consulta em: <https://www.tsf.pt/sociedade/saude/vacinacao-contra-factos-e-numeros-nao-ha-argumentos-9977807.html> (consultado em 11/07/2019).

Publicações Periódicas *on-line*:

ATTWELL, Katie et al. (2018). Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study, *Vaccine*, vol. 36.

CRENNA, Stefano; OSCULATI, Antonio e VISONÀ, Silvia D. (2018). Vaccination policy in Italy: An update, *Journal of Public Health Research* 2018, vol. 7.

LILLA, Dr. Dávid. (2007). The evaluation of the refusal to submit to compulsory vaccination in Hungarian criminal law, *Revista Stiinte Juridice*, vol. 2007.

REISS, Dorit Rubinstein. (2018). Litigating Alternative Facts: School Vaccine Mandates in the Courts, *Journal of Constitutional Law*, vol. 21.

RICCIARDI, Walter, et al. (2018). Moving towards compulsory vaccination: the Italian experience, *The European Journal of Public Health*, vol. 28..

TRENT, Mallory J et al. (2019). Parental opinions towards the “No Jab, No Pay” policy in Australia, *Vaccine*, vol. 37.

WATERMAN, Megan Elyse. (2015). Indorsing Infant Immunity: An Argument for Criminalizing Parent’s Refusal to Immunize Their Children, *Tulsa Law Review*, vol. 51.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional:

Ac. do TC n.º 95/2011 de 12 de março de 2004, processo n.º 103/09, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra:

Ac. do TRC, de 11 de fevereiro de 2009, processo n.º 137/06.2GBSRT.C1, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Ac. do TRC de 14 de setembro de 2016, processo n.º 331/13.0JALRA.C1, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora:

Ac. do TRE, de 26 de outubro de 2004, processo n.º 486/04-1, disponível em

<http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

Ac. do TRP de 26 de outubro de 2017, processo n.º 102/17.4PTPRT.P1, disponível em

<http://www.pgdlisboa.pt>.