



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Giuliane Cristina Ruas Silvestre

**VACINAÇÃO COMPULSÓRIA E DISCRIMINAÇÃO
SANITÁRIA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu, orientada pelo Professor Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Giuliane Cristina Ruas Silvestre

**VACINAÇÃO COMPULSÓRIA E DISCRIMINAÇÃO SANITÁRIA
SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

**COMPULSORY VACCINATION AND SANITARY
DISCRIMINATION FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu.

Orientador: Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida

Coimbra
2022

Agradecimentos

Em primeiro lugar, por ter sido o principal fator que me possibilitou o desenvolvimento deste trabalho, por todo o conhecimento que tive o prazer de desfrutar e sobre o qual tem na área do Direito Internacional Público e dos Direitos Humanos; por todas as mensagens respondidas de forma rápida e atenciosa, e pela excelente orientação que, além de excelente, me permitiu atuar de forma independente, agradeço ao Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida. Espero, um dia, ter uma fração do conhecimento que o Doutor tem sobre estas matérias, tão importantes e relevantes para o Direito.

Por estar sempre ao meu lado, pelo incentivo, pelas incontáveis horas e situações em que me ajudou e tranquilizou, pelos anos que já foram e que ainda virão, pelo carinho, amor, companheirismo e pelo gosto que compartilhamos pelo Direito, agradeço ao meu parceiro e companheiro de todas as horas, Luís Eduardo Andreazi. Que seu futuro seja tão bom quanto os momentos que me proporciona, e tão brilhante quanto você.

Pela oportunidade de estar aqui desenvolvendo este trabalho, e por todas as demais que me proporcionaram no decorrer da vida, agradeço aos meus pais. Sei que sempre é possível contar com o carinho e amor de vocês. Agradeço, também, à minha irmã, pela incontáveis vezes em que ouviu meus desabafos.

Agradeço aos excelentíssimos Professores Doutores da Universidade de Coimbra, mestres de suas áreas e detentores de conhecimentos tamanhos dos quais pude compartilhar e foram essenciais para o meu desenvolvimento neste percurso. À lista de Doutores e mestres de suas respectivas áreas, não posso deixar de incluir e agradecer ao Doutor Celso Naoto Kashiura Júnior que, mesmo depois de tantos anos, continua a me ajudar nos caminhos que escolho.

Aos amigos que ajudaram e incentivaram durante este e outros desafios; que proporcionaram momentos de risadas e diversões. Espero tê-los sempre comigo.

E à Universidade de Coimbra, com seu suporte, estrutura, tradição e maestria que tanto contribuíram para a minha jornada no mundo do Direito.

Resumo

A presente tese objetiva entender se as reiteradas alegações de violação de Direitos Humanos quando da implementação de legislações referentes à vacinação compulsória e as medidas restritivas e limitativas de direitos – que chamamos de *discriminação sanitária* – têm embasamento legal no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Influenciada pelas constantes manifestações durante o período pandêmico da COVID-19, introduz-se, em primeiro momento, o que são os Direitos Humanos e suas categorias conforme reconhecidas pelo Direito Internacional, seguindo, então, para a apresentação dos sistemas de proteção de Direitos Humanos em voga atualmente – tanto o sistema Universal das Nações Unidas quanto os sistemas regionais –, seus respectivos instrumentos normativos e particularidades. É neste momento em que os principais direitos contestados judicialmente quando da implementação das referidas medidas e legislações são abordados; é, também, o momento em que veremos brevemente a universalização e constitucionalização dos Direitos Humanos. No seguimento da apresentação destes dispositivos legais, a tese discute dois dos direitos considerados como os mais relevantes para a análise efetiva da *discriminação sanitária*: o direito à saúde e o direito à não-discriminação, abordando o conteúdo destes dois direitos e, especificamente no caso do direito à saúde, seu reconhecimento ou não como um Direito Humano. O caminho trilhado leva, naturalmente, para uma abordagem sobre a possibilidade e eventual previsão legal sobre limitação e restrição de direitos, além de também abordar esta restrição e limitação na prática jurídica nacional e internacional. Por fim, e objetivando entender se a *discriminação sanitária* é uma violação ou proteção de direitos, a tese apresenta dois case law recentes julgados dentro do âmbito do sistema regional europeu de proteção de Direitos Humanos que versam sobre a vacinação compulsória e a conseqüentemente limitação de direitos para os não vacinados, sendo estes casos referentes a dois momentos diferentes: o primeiro, antes do período pandêmico da COVID-19, sobre a vacinação compulsória de crianças em épocas normais; e o segundo, especificamente sobre a vacinação compulsória contra a COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito à Saúde. Discriminação Sanitária. Direito à Não-Discriminação. Limitação de Direitos. Proteção de Direitos.

Abstract

This thesis aims to understand if the repeated allegations of violation of Human Rights when legislations concerning the compulsory vaccination and measures restricting and limiting rights – which we call *sanitary discrimination* – are implemented have legal basis in terms of International Human Rights Law. Influenced by the constant manifestations during the pandemic period of COVID-19, it is introduced, at first, what are Human Rights and its categories, as recognized by International Law, from which, then, it follows to the presentation of the systems for the protection of Human Rights currently in vogue – the Universal system from the United Nations and the regional systems –, its respective normative instruments and its particularities. It is in this moment that the main rights judicially contested when the referred legislations and restrictive measures are implemented will be addressed; it is, also, the moment when we will briefly address the universalization and constitutionalization of Human Rights. Following the presentation of these legal provisions, this thesis discusses two of the those which are considered the most relevant rights for the effective analysis of the *sanitary discrimination*: the right to health and the right to non-discrimination, addressing the content of both these rights and, specifically concerning the right to health, its recognition or not as a Human Right. The path taken naturally takes us to the approach of the possibility and eventual legal provision concerning the limitation and restriction of rights, besides also addressing the said limitation and restriction during the legal national and international practice. Lastly, and aiming to understand if the *sanitary discrimination* is a violation or protection of rights, the thesis introduces two recent case law, tried within the scope of the European regional system for the protection of Human Rights, which deal with the matter of the compulsory vaccination and consequent limitation of right for the non-vaccinated, being these two cases referent to two different moments: the first, before the COVID-19 pandemic, about the compulsory vaccination of children during normal times; and the second, specifically about compulsory vaccination against the COVID-19.

KEY-WORDS: Human Rights. International Law. Right to Health. Sanitary Discrimination. Right to Non-Discrimination. Limitation of Rights. Protection of Rights.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CSE – Carta Social Europeia

DH – Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

N.U. – Nações Unidas

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

TCE – Tratado que instituiu a Comunidade Europeia

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Sumário

Agradecimentos	i
Resumo	ii
Abstract	iii
Lista de Siglas e Abreviaturas	iv
Introdução	7
I – Direitos Humanos.....	12
O QUE SÃO E COMO SURGIRAM	12
DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A UNIVERSALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	16
CONCLUSÕES DA SEÇÃO.....	21
II – A Efetiva Proteção Jurídica dos Direitos Humanos.....	22
SISTEMA UNIVERSAL – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.....	22
SISTEMAS REGIONAIS	26
<i>Sistema Europeu dos Direitos do Homem.....</i>	<i>27</i>
<i>Sistema Interamericano.....</i>	<i>31</i>
<i>Sistema Africano.....</i>	<i>36</i>
PREVISÕES LEGAIS RELEVANTES	39
<i>Direitos Humanos – Dispositivos Legais Questionados.....</i>	<i>40</i>
CONCLUSÕES DA SEÇÃO.....	47
III – Discriminação Sanitária: o Direito à Saúde e o Direito à Não-Discriminação	48
DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO HUMANO	48
DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO.....	59
DISCRIMINAÇÃO “JUSTIFICADA” E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	66
CONCLUSÕES DA SEÇÃO.....	70

IV – Vacinação Compulsória, Supressão de Direitos e Discriminação Sanitária: Fundamentadas Legalmente?	72
DICOTOMIA: LIBERDADE INDIVIDUAL X PROTEÇÃO DO COLETIVO	72
VACINAÇÃO COMPULSÓRIA E A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTA EM LEI.....	74
A LIMITAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA PRÁTICA JURÍDICA	81
<i>Sistema Interamericano</i>	83
<i>Sistema Africano</i>	87
<i>Sistema Europeu</i>	88
CONCLUSÕES DA SEÇÃO.....	93
V – Case Law.....	95
QUEIXAS DOS EUROPEUS AO TEDH SOBRE AS MEDIDAS CONTRA A COVID-19	95
CASO VAVŘIČKA	96
<i>As leis questionadas</i>	97
<i>Argumentação das Partes</i>	100
ZAMBRANO V. FRANCE.....	103
OCORRERAM VIOLAÇÕES DE DH?.....	106
VACINAÇÃO COMPULSÓRIA, DISCRIMINAÇÃO SANITÁRIA E LIMITAÇÃO DE DIREITOS: DECISÕES DO TEDH NO CASE LAW	111
CONCLUSÕES DA SEÇÃO.....	116
Considerações Finais	118
Referências Bibliográficas	131
Lista de Documentos	141
Jurisprudências e Case Law Citados.....	146

Introdução

A violação de Direitos Humanos em diversos Estados sempre foi – e ainda é – uma preocupação constante para órgãos internacionais que primam pela garantia e defesa destes direitos, a fim de impedir que injustiças sejam cometidas e que a possibilidade de viver a vida com dignidade pelas pessoas seja afetada.

Entretanto, as tarefas às quais estes órgãos se dispuseram a realizar encontram cada vez mais obstáculos com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, com a evolução daquilo que o Direito se propõe a proteger. Como garantir que o equilíbrio entre o que é exigido pelas pessoas e aquilo que o Direito protege – ou deveria proteger? Como justificar restrições e limitações de direitos considerados tão importantes que são garantidos pela condição de “ser” humano?

O atual cenário pandêmico que – ainda – vivemos reforçou esta e outras dúvidas que, a bem da verdade, já existiam no mundo jurídico: afinal, a presença de doenças infecciosas e o debate entre a necessidade da vacinação para erradicação e controle destas doenças *versus* a garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos, não são novidades do século XXI.

O que propomos, portanto, neste trabalho – influenciados, admitidamente, pelas constantes manifestações e questionamentos que ganharam espaço em tempos recentes –, é aprofundar este debate dentro do âmbito dos Direitos Humanos – que, no cenário atual, teve sua manifesta violação alegada por diversas vezes e por diversos motivos. Os Direitos Humanos foram – e são – de fato violados quando da implementação da imposição da vacinação compulsória? Ou quando da determinação de medidas de restrição de movimento e de acesso aos lugares, antes, públicos? A necessidade de comprovantes de vacinação para o acesso a estabelecimentos de ensino e a conseqüente restrição a este acesso são medidas *legais*? Ou a separação entre pessoas que se vacinaram – seja no cenário pandêmico atual, seja fora dele, em Estados que possuem políticas de vacinação compulsória já há tempos –, na verdade, caracteriza uma discriminação infundada que, aqui, optamos por chamar de *discriminação sanitária*? A argumentação utilizada em diversos protestos ao redor do mundo quando da implementação destas medidas, durante a pandemia de COVID-19 – além das utilizadas por organizações e indivíduos com ideais anti-vacina – é juridicamente

correta? Estas medidas realmente violam os Direitos Humanos? Ou apenas visam a garantia de uma proteção mais efetiva?

A fim de responder a estas e outras perguntas, resolvemos adotar o seguinte caminho: em nossa primeira seção, de forma breve – por não ser o objetivo final de nosso trabalho –, apresentaremos *o que são*, efetivamente e para fins jurídicos, os Direitos Humanos, e *quais* são eles. Para isso, elencaremos suas características e o surgimento daquilo que adotamos como Direitos Humanos atualmente. Também tentaremos explicar a diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais – conceitos que, muitas vezes, são confundidos pelos indivíduos – abordando, neste ínterim, a constitucionalização e universalização dos Direitos Humanos: estes direitos são, de fato, universais? Os Estados se comprometem a protegê-los e, em caso positivo, como o fazem? Todos os direitos no universo dos Direitos Humanos possuem a mesma exigibilidade, a mesma priorização, ou há diferenças?

Apresentados estes conceitos e introduzidos os Direitos Humanos pretendemos, em nossa segunda seção, desenvolver a matéria referente à proteção *efetiva* dos Direitos Humanos. Como se pretende a proteção jurídica desta categoria de direitos? Para este fim, discorreremos sobre os sistemas de proteção dos Direitos Humanos – o sistema universal e os sistemas regionais –, sobre o surgimento destes sistemas e suas respectivas características; afinal, não se pode esperar que diferentes regiões, com culturas e histórias diferentes, adotem sistemas idênticos.

Para além dos sistemas de proteção – mas ainda dentro da efetiva proteção jurídica dos Direitos Humanos – falaremos, também, sobre as “principais” normas jurídicas que garantem estes direitos que – quando da implementação de legislações referentes à vacinação compulsória ou de medidas restritivas de direitos – são arguidas, perante os Tribunais, como normas violadas pelos Estados. Não nos propomos, de todo, em analisar *todos* os direitos garantidos por *todos* os instrumentos de proteção de Direitos Humanos – não falaremos, por exemplo, sobre os direitos e garantias processuais –; apenas discorreremos sobre as normas que são mais comumente consideradas como violadas pelos indivíduos que promovem processos judiciais quando ocorrem as referidas situações.

Terminada esta seção focaremos, então, em dois direitos que consideramos essenciais para que possamos discutir, efetivamente, a *discriminação sanitária*: o direito à saúde e o direito à não-discriminação. A começar com o direito à saúde, tentaremos entender se este é, ou não, um Direito Humano propriamente dito e, em caso positivo, se sempre foi considerado como tal ou se, na verdade, foi necessária uma evolução no pensamento do legislador para que o direito à saúde fosse inserido neste universo. Ainda, não discutiremos a totalidade daquilo que *é* ou que *deveria ser* englobado pelo direito à saúde – quais as medidas que devem ser implementadas pelos Estados, por exemplo, ou quais garantias que devem ser dadas –; focaremos, ao invés, em qual é ou qual deveria ser o *mínimo* exigido para a efetiva garantia e proteção deste direito e, uma vez definido este mínimo, como deveriam agir os Estados para garanti-lo.

Finda a abordagem acerca do direito à saúde, falaremos sobre o direito à não-discriminação – ou a proibição da discriminação – e suas particularidades. Seria o direito à não-discriminação um direito absoluto? Há exceções? O que engloba este direito? Toda prática discriminatória é ilegal, ou, caso as medidas impostas – negar o acesso de uma criança não vacinada a um estabelecimento de ensino, por exemplo – sejam justificadas, estariam elas em acordo com a lei? O que objetivamos responder com a análise deste direito é se existem medidas que, apesar de serem consideradas como discriminatórias por alguns, estão em acordo com a lei e, em caso positivo, *por que* o estariam: quais as características – se é que existem – que estas medidas devem ter para que, ao invés de serem consideradas ilegais por violarem certos direitos de certos indivíduos, estejam, a bem da verdade, garantindo outros direitos de outros indivíduos.

Respondidas estas questões, será preciso que entremos no mérito da limitação e restrição de direitos – uma vez que as medidas adotadas referentes à esta matéria estão diretamente relacionadas à uma eventual discriminação legalmente justificada e, mais, diretamente ligadas às manifestações e alegações referentes à violação de Direitos Humanos. Portanto, em nossa quarta seção, nos aprofundaremos nesta questão de limitação de Direitos Humanos e Fundamentais a fim de entender quando – e se – podem ocorrer. *A priori* – e de forma breve, por não pretendermos nos aprofundar no âmbito da Filosofia do Direito –, discorreremos sobre o debate jurídico-filosófico acerca da dicotomia entre a liberdade individual e o bem-estar coletivo, seguindo, então, para a previsão legal, atualmente em

voga, sobre a possibilidade da limitação e restrição de direitos – e, neste momento, apreciaremos os dispositivos legais dos sistemas universal e regionais de proteção de Direitos Humanos que versam sobre o assunto.

Uma vez que consideramos que a abordagem teórica nunca se mostra suficiente, seguiremos a discussão sobre limitações e restrições de direitos com a abordagem prática analisando, para isso, jurisprudências, leis e pareceres jurídicos proferidos pelos diversos Tribunais e órgãos de Direitos Humanos existentes: se a previsão legal existe, como ela é transferida para a prática jurídica? Afinal, a existência de uma lei amplamente aceita no mundo jurídico deveria fazer com que a prática jurídica, consequentemente, fosse facilitada – o que pode não ser o caso.

Por fim – e com o objetivo de ilustrarmos as matérias que foram abordadas no decorrer de nosso trabalho –, apresentaremos dois *case law* com sentenças recentes proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos que versam sobre a vacinação compulsória em dois momentos: o primeiro, no caso *Vavříčka e Outros V. Tchêquia*, referente às leis que promovem a vacinação compulsória de crianças na Tchêquia e que já existem há tempos, além das medidas punitivas e restritivas impostas aos que se recusam em cumprir com a vacinação; um caso iniciado há anos, mas que teve sentença definitiva proferida apenas em 2021. O segundo, no caso *Zambrano V. França*, referente à vacinação compulsória contra a COVID-19 implementada em território francês, e, da mesma forma que no caso tcheco, sobre as consequentes medidas implementadas quando do não cumprimento com a vacinação. Em ambos os casos elencaremos as argumentações utilizadas pelos autores do processo e as decisões do Tribunal abordando, em seguida, a justificativa utilizada pelo Tribunal para proferir as referidas sentenças.

Acreditamos ser um tema que, além de atual, é também dotado de especial relevância e, por conseguinte, buscamos uma melhor abordagem e ilustração das discussões abordadas com a apresentação de diversas jurisprudências no decorrer do trabalho. Temos ciência de que, seja em um sentido, seja em outro, diversas são as pessoas que acreditam que as perguntas que apresentamos logo no início desta introdução têm uma resposta fácil; veremos, entretanto, que a realidade não é bem assim. A pergunta máxima que pretendemos responder com esta tese é se a *discriminação sanitária* é, em si mesma, uma violação ou uma proteção de Direitos Humanos: uma pergunta para a qual, ao começarmos este trabalho, ingenuamente

acreditávamos já ter a resposta, mas que se mostrou mais complexa do que, *a priori*, consideramos.

I – Direitos Humanos

Apesar de não estarmos redigindo, especificamente, uma descrição detalhada sobre o conceito de Direitos Humanos, nem mesmo nos propondo à uma abordagem histórica pormenorizada sobre este tema, ainda assim consideramos que uma introdução – mesmo que breve – sobre o conceito, a evolução, a classificação e a abrangência de Direitos Humanos se faz absolutamente necessária para a execução deste trabalho, uma vez que consideramos essencial o entendimento e a contextualização do tema em larga escala para uma melhor compreensão do tema específico.

Assim sendo, nesta seção abordaremos os Direitos Humanos de forma mais generalizada, apontando o surgimento deste ramo do direito – ou, melhor dizendo, o que podemos considerar, da forma mais próxima possível, como o surgimento “oficial” do que, hoje, conhecemos por Direitos Humanos –; discorrendo, então, sobre quais são estes direitos e qual a sua classificação no mundo jurídico; apontando a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – uma dúvida recorrente no mundo jurídico –, e, finalmente, terminaremos a seção discorrendo sobre a eventual universalização dos Direitos Humanos.

Todo este percurso se faz necessário para que possamos compreender, no decorrer deste trabalho, os motivos e as justificativas que permeiam as argumentações utilizadas quando da alegação de que Direitos Humanos foram – ou não – violados; uma compreensão essencial se quisermos concluir o objetivo máximo ao qual nos propusemos.

O Que São e Como Surgiram

A discussão acerca do que são e de como surgiram os denominados “Direitos Humanos” é extensa e abrange diversas áreas de estudos que não apenas a área jurídica. Para este trabalho, apesar de focarmos nas discussões jurídicas pertinente ao tema, não poderemos ignorar alguns debates jurídico-filosóficos que se fazem relevantes para que possamos explicar, da melhor forma possível, o tema que nos propusemos a discutir.

Precisamos ter em mente que a expressão “Direitos Humanos” é mais recente do que se pensa: a história destes direitos tem sua origem na filosofia – entre os séculos XVII e XVIII –, com os chamados “direitos naturais”. Filósofos como John Locke, Voltaire e Rousseau abordaram extensamente os conceitos de Direito Natural e de direitos naturais.

Entretanto, o termo caiu em desuso e, ao invés, a utilização do termo “Direito dos Homens” passou a ser mais amplamente utilizada – até que, por sua vez, deu lugar ao termo “Direitos Humanos”¹.

Direitos humanos são definidos como aqueles inerentes à pessoa humana apenas pela condição de “ser” humano, sendo, também, indivisíveis e universais: o primeiro, porque a violação de um direito considerado como um Direito Humano acarreta a consequente violação de outros direitos, sejam eles políticos ou sociais; o segundo, porque objetiva-se que os Direitos Humanos sejam reconhecidos por todos os Estados como inerentes a todos os seres humanos². Entretanto, diversas modificações foram feitas no decorrer da história no que diz respeito à esta definição e ao que seriam, efetivamente, estes direitos, sendo apenas após a Segunda Guerra Mundial que a noção de Direitos Humanos ganha mais força; é apenas na segunda metade do século XX que este ramo do direito acaba por se consolidar, tornando-se internacionalmente reconhecido e universalmente difundido³.

Como veremos na seção a seguir, apesar de conversas versando sobre a paz entre os povos já existirem desde antes da adoção da ideia de Direitos Humanos, consideramos que o reconhecimento internacional destes últimos ocorre, efetivamente, quando da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, em 1948⁴. É neste momento que a comunidade internacional aceita, oficialmente, que existem direitos inerentes a todos os seres humanos que não passíveis de violação, direitos estes que promovem a ideia de que a pessoa humana deve viver sua vida com dignidade⁵ e, para tal, é preciso que estes direitos considerados inerentes, fundamentais, sejam respeitados e protegidos.

¹ WESTON, Burns H. *Human Rights*. Encyclopaedia Britannica. Neste sentido, e para aprofundar-se na evolução histórica dos Direitos Humanos, *cf.* MAGALHÃES, J. L. Q. de. *Direitos humanos: evolução histórica*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 74/75, p. 91-121, Rio de Janeiro, Jan./Jul. 1992.

² PIOVESAN, F.; LAFER, C. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6ª ed., ampliada e atualizada. [s. l.]: Saraiva, 2015, p. 49.

³ Id.

⁴ Há aqueles que consideram, ao invés, que o primeiro instrumento que codificou os Direitos Humanos foi a Magna Carta de 1215. Neste sentido, *cf.* KADRIU, O. *States of Emergency and the Legal Questions over Human Rights Restrictions*. SEER. South-East Europe Review for Labour and Social Affairs, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 51–62, 2021, p. 53.

⁵ Neste sentido, não é preciso ir além do preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos, em que lemos “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...*”, bem como os preâmbulos, respectivamente, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do

Ainda que, por diversas vezes no decorrer deste trabalho, tenhamos afirmado que os Direitos Humanos surgem no momento pós-guerra, devemos ter em mente que este surgimento não ocorre de uma vez, espontânea e integralmente, visto existirem direitos que são conflitantes entre si⁶: ainda hoje há conjecturas sobre quais direitos realmente são Direitos Humanos, quais deveriam ser, e quais não deveriam estar presentes no rol dos instrumentos internacionais. O que é certo dizer, contudo, é que o conteúdo dos chamados Direitos Humanos está em constante evolução, juntamente com a sociedade.

Não obstante o fato de que não objetivamos entrar nesta discussão e nem mesmo pretendemos elencar quais são ou deveriam ser, formalmente e *stricto sensu*, os Direitos Humanos, ainda assim consideramos necessário apontar *quais* são estes direitos – sua natureza, se assim quiserem –; o que estes direitos englobam.

Para este fim, nos parece mais apropriado utilizar as definições apresentadas por Karel Vasak, em 1977 – definições estas que, apesar de terem sido apresentadas há mais de 40 anos, são ainda atuais –, sobre quais seriam as “gerações de direitos”.

Ora, segundo Vasak⁷ – com quem concordamos –, os Direitos Humanos são caracterizados por direitos de três gerações⁸. Os direitos de primeira geração – e, como mostraremos na seção a seguir, os direitos aos que foram, *a priori*, atribuídos maior importância pelos Estados membros da ONU – seriam aqueles direitos majoritariamente “negativos”, cuja manutenção e proteção exige que o Estado se abstenha, que se afaste e que não aja. Seriam, principalmente, os direitos civis e políticos, incluindo a liberdade de expressão, crença e religião, a liberdade de locomoção, e a liberdade de se ter uma vida privada. A característica principal destes direitos é a garantia de liberdade e a proteção dos indivíduos contra ações abusivas por parte do poder e da autoridade pública; a proteção

Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais que, além de idênticos ao da DUDH, acrescentam “Reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana”.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8ª ed. [s. l.]: Editora Campus, 1998.”, p. 25.

⁷ VASAK, Karel. *A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. The UNESCO Courier: a window open on the world, XXX, 11, p. 28-29, 32, illus., 1977.

⁸ Podemos, inclusive, dizer que cada uma destas gerações remonta a um ideal da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. É neste sentido, também, que aponta a leitura do artigo “*Human Rights*”, na Encyclopaedia Britannica.

contra o abuso de poder do aparato estatal. São liberdades individuais intimamente ligadas com a ascensão dos ideais capitalistas.

A segunda geração de direitos apontada por Vasak é constituída, principalmente, pelos direitos “positivos” que promovem a igualdade – “direitos à” ao invés de “liberdade de”⁹ –, e exigem uma atuação efetiva do Estado para que sejam respeitados e garantidos. São, majoritariamente, os direitos sociais, culturais e econômicos advindos – em contraposição aos direitos de primeira geração – do pensamento difundido pelos países com ideais socialistas. Inclui, dentre outros, o direito à educação, à segurança social, e a um padrão de vida considerado adequado.

A última geração de direitos de Vasak¹⁰ inclui os direitos coletivos – ou seja, direitos que não dizem respeito a um único indivíduo e podem ter seu cumprimento exigido pela população com um todo. Dentre estes direitos, o mais notável é o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Via de regra, os Direitos Humanos são normas “políticas” que estabelecem um critério sobre como as pessoas devem ser tratadas por seus governantes e pelas instituições detentoras do poder dentro de seus respectivos Estados, não sendo meramente limitadas às conjecturas morais de caráter interpessoal¹¹. Ainda, englobam preceitos mínimos que devem ser almejados pelos Estados, e não necessariamente o melhor que poderia ser atingido¹². Assim, os Estados devem se comprometer a atingir aquele mínimo estipulado, mas não ficam limitados a ele.

No mais, os Direitos Humanos são definidos como aqueles inerentes à pessoa humana apenas pela condição de “ser” humano, conforme referimos mais acima, tratando-se, portanto, de normas de *jus gentium* – um direito reconhecido e aplicado a todas as

⁹ “*Human Rights*”, Encyclopaedia Britannica.

¹⁰ Há, entretanto, uma discussão atual sobre a possível inserção de uma quarta geração de direitos que englobaria os direitos intergeracionais – os direitos das gerações futuras – e os direitos das mulheres. Para mais, “*Human Rights*”, em Encyclopaedia Britannica.

¹¹ Nickel, James. *Human Rights*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), p. 2.

¹² Id.

pessoas, de forma igualitária, apenas pela sua condição de ser; característica de uma constante e, cada vez mais frequente, humanização do direito¹³.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a Universalização e Constitucionalização dos Direitos Humanos

É muito comum a confusão entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e, para que possamos fazer uma análise apropriada do tema pertinente à esta tese – que remonta aos Direitos Humanos –, devemos, então, estabelecer quais as semelhanças e diferenças entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, e o porquê desta confusão recorrente.

Como nos diz Cristina Queirós, apresentar uma definição única, certa e irrefutável do que são Direitos Fundamentais é uma tarefa que beira o impossível, haja visto que existem divergências entre os países, e mesmo entre concepções filosóficas¹⁴. É possível afirmar que diferentes ideologias aceitam diferentes direitos como sendo “fundamentais”, enquanto negam essa característica a outros direitos – e, do mesmo modo, ocorre com os Direitos Humanos, como já referimos e, uma vez mais, não nos cabe, aqui, entrar nesta discussão.

A confusão entre estes dois ramos do direito ocorre porque, por diversas vezes, os Estados adotam os direitos elencados nos instrumentos de Direitos Humanos como parte de seu rol de direitos fundamentais previstos em suas respectivas constituições. Flávia Piovesan nos mostra que isso ocorre juntamente com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no momento pós-guerra: além do surgimento deste último, temos, também, o surgimento de uma nova característica do Direito Constitucional, que passa a abranger valores que impõem mais ênfase na proteção da dignidade humana¹⁵ - aos moldes dos Direitos Humanos.

Podemos dizer que, a nível nacional, os Direitos Humanos existem porque passaram por processos de positivação para que começassem a fazer parte do conjunto de leis

¹³ Sobre o assunto, *cfr.* ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *A humanização do direito internacional*. [s. l.]: [s.n.], 2017.

¹⁴ QUEIRÓS, C. M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2ª ed. [s. l.]: Coimbra Editora, 2010, p. 17.

¹⁵ Flávia Piovesan, “*Direitos Humanos...*” p. 47. Da mesma forma aponta Cristina Queirós, em “*Direitos Fundamentais...*”, pp. 23-25, ao abordar que esta característica dos direitos fundamentais, assentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade formal perante a lei, está expressamente plasmada na própria Constituição Alemã.

internas¹⁶. Assim, quando estão presentes na ordem internacional, estes direitos são chamados de Direitos Humanos e, quando passados para o sistema normativo interno, são chamados de direitos civis ou direitos fundamentais¹⁷. Neste mesmo sentido nos ensina Canotilho ao afirmar que a positivação dos chamados direitos fundamentais nada mais é do que a incorporação, a nível nacional, “dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo¹⁸”, sendo necessário que esta positivação – esta constitucionalização – seja feita para que os Direitos Humanos sejam exigíveis, face aos Estados, como normas juridicamente vinculantes, e não se tornem apenas objetivos progressivos, sem força jurídica¹⁹.

No âmbito europeu, por exemplo, apesar do Concelho da Europa ter elaborado a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – cujas competências versam exclusivamente sobre os Direitos Humanos –, foi também elaborada uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – tornada vinculante com o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, ou Tratado de Lisboa –, cuja competência referente à interpretação, aplicação e observância recai sobre o Tribunal de Justiça Europeu. Entretanto, apesar do nome ser outro – Carta de Direitos Fundamentais ao invés de Carta de Direitos Humanos –, diversos direitos elencados são os mesmos encontrados em sua predecessora²⁰. A nosso ver, esta prática tem por objetivo reforçar a exigibilidade jurídica e a força normativa das normas de Direitos Humanos no plano normativo interno.

Podemos observar este mesmo fenômeno em diversas Constituições de diversos Estados. No Brasil, a implementação de normas advindas de tratados e convenções internacionais está sujeita a um processo legislativo²¹, constituindo uma visão dualista²² de normas de direito; entretanto, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, diversos direitos apontados nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos se fizeram

¹⁶ Stanford Encyclopedia, “*Human Rights*”.

¹⁷ Id.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 14ª reimp. [s. l.]: Almedina, 2014, p. 377.

¹⁹ Id., pp. 377-378.

²⁰ GROUSSOT, Xavier; PECH, Laurent. *Fundamental Rights Protection in the EU post Lisbon Treaty*. Fondation Robert Schuman, European Issue n° 173, jun. 2010.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²² Sobre os conceitos e características das teorias monista e dualista do Direito Internacional, *cfr.* ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *Direito internacional público*. 2ª ed. [s. l.]: Coimbra Editora, 2003.

presentes e, ainda, no artigo 5º, §2º, a Carta Magna brasileira não exclui outros direitos e garantias advindos de tratados dos quais o Estado brasileiro seja parte, conferindo-lhes força constitucional, desde que aprovados por este processo legislativo²³. Já na Argentina, o artigo 75º, alínea 22, estabelece como competência do Congresso a aprovação ou não de tratados elaborados com outros Estados – sendo que estes tratados, uma vez aprovados, têm força superior às leis internas ordinárias argentinas – mas, ao mesmo tempo, prevê que diversos instrumentos internacionais relevantes para a proteção de Direitos Humanos têm força constitucional e são complementares aos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição²⁴. Ainda, os futuros tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovados pelo Estado argentino, para que lhes seja atribuída força constitucional, precisarão passar por um processo legislativo próprio²⁵.

Na Constituição alemã (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha²⁶), o artigo 25º estabelece que as normas internacionais de direito público são hierarquicamente superiores às normas internas²⁷, primando pela uniformização do direito interno face ao Direito Internacional no que diz respeito à implementação de direitos e deveres. É, também, o que ocorre na França: conforme o artigo 55º da Constituição²⁸, a lei internacional, uma vez ratificada, tem automaticamente força de lei interna, sem precisar que o Estado se

²³ Id., artigo 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁴ Constitución de la Nación Argentina, artigo 75º, alínea 22: “Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

²⁵ Id., “...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...”.

²⁶ “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland”.

²⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, artikel 25º: „Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“. (“As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”)

²⁸ Constitution française du 4 octobre 1958: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”. (“Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior às das leis, sujeitos, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte”).

submeta a um processo legislativo diferenciado. Neste mesmo sentido seguiu a Constituição Portuguesa, em que também se define, no artigo 8º, que as normas internacionais são integradas ao Direito²⁹ português³⁰.

Em suma – e ainda segundo os ensinamentos de Canotilho –, a diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais pode ser feita quando consideramos que os primeiros são direitos válidos, exigíveis e aplicáveis a todas as pessoas e a todos os povos, de forma universal e em todo e qualquer tempo, enquanto os segundos são estes mesmos direitos, entretanto válidos, exigíveis e aplicáveis de forma territorial e temporalmente limitada³¹ – só são juridicamente válidos dentro do território de um Estado que, naquele momento, prevê sua validade jurídico-normativa.

A perceptível e frequente adoção, pelo direito interno, das normas de Direito Internacional, apenas comprova a fala de Antônio Pereira, quando este afirma que esta prática reflete a internacionalização da sociedade que, cada vez mais, passa por um processo de integralização cultural e tecnológica por conta da globalização³².

A generalidade e universalidade dos Direitos Humanos – que, conforme vimos, a nível interno são os direitos fundamentais – pode ser considerada de duas formas: 1) primeiro, quando consideramos a titularidade e exigibilidade destes direitos que, a nível internacional, é de todas as pessoas apenas pela condição de “ser”, e a nível interno é de todos os cidadãos; e 2) segundo, pela aceitação e difusão destes direitos entre os Estados e

²⁹ Constituição da República Portuguesa, artigo 8º, 1: “*As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português*”.

³⁰ É possível perceber, aqui, um certo padrão: os Estados europeus tendem a adotar as normas de Direito Internacional Público como fontes constitucionais de direito sem que haja a necessidade de um processo normativo complementar quando estas normas versem sobre direitos e deveres internacionais que não entrem em conflito com normas internas de funcionamento dos Estados. A nosso ver, isso ocorre por conta da mentalidade já estabelecida de cooperação internacional que tem se desenvolvido desde a criação da União Europeia. Já nos países latino-americanos que apresentamos – que, historicamente, foram alvos de intervenção externa em seus governos e, hoje, primam por sua soberania nacional –, a adoção de normas internacionais exige este processo legislativo.

³¹ J. J. Gomes Canotilho, em “*Direito Constitucional...*”, p. 393. Ainda, *cfr.* BENATTO, P. H. A. *Constitucionalização dos direitos humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional.; Ano 25, vol. 104, p. 151-166, nov./dez. 2017.

³² PEREIRA, Antonio Celso Alves. *As normas de jus cogens e os direitos humanos*. Revista Interdisciplinar de Direito, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 29–42, 2009, p. 30. Ainda sobre *jus cogens*, *cfr.* BIANCHI, A. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. European Journal of International Law, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 491–508, 2008, e, também, *cfr.* CERVEIRA CITTADINO, R. *Os Fundamentos Do Jus Cogens Internacional*. (Portuguese). Revista Thesis Juris, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 3–24, 2018.

suas respectivas constituições a nível global, não estando limitados a poucos países, nem mesmo a um conjunto deles situados em regiões geográficas semelhantes.

O carácter universal dos Direitos Humanos apenas foi adotado, gradual e oficialmente pelos Estados, (mais uma vez) após a Segunda Guerra Mundial, quando da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos. À época, apenas 8 Estados se abstiveram e, hoje, a universalidade é considerada como direito consuetudinário³³ no plano internacional³⁴.

“Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades...³⁵”.

Ainda neste aspecto, em 1993 foi adotada a Declaração e Programa de Ação de Viena, elaborada durante a Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos. Nesta Declaração, os Estados reforçam, no decorrer de todo o diploma legal mas, em especial, no quinto parágrafo do documento, a característica universal dos Direitos Humanos, além de sua inalienabilidade.

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase [...]”³⁶

Entretanto, ainda hoje há aqueles que discutem se este carácter universal realmente existe, visto as diversas violações de Direitos Humanos que acontecem em diversos Estados, além da não ratificação, por parte de alguns Estados, de todos os instrumentos internacionais

³³ Direito costumeiro, não necessariamente positivado, mas amplamente aderido e exigível. Neste sentido, apesar da forma apaixonada com que apresenta seu posicionamento, DOUZINAS, C. *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*. [s. l.]: Hart Publishing, 2002., p. 344, ilustra como os Direitos Humanos são, em sua totalidade, essencialmente normas consuetudinárias, existindo sem que esta condição esteja atrelada à necessidade de positividade, afirmando que os “*Direitos Humanos não ‘pertencem’ apenas aos indivíduos pertencentes a um Estado que explicitamente os reconheça, mesmo que de forma ineficiente*” (tradução nossa).

³⁴ MOREIRA, V.; GOMES, C. de M.; NEVES, A. F. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. [s. l.]: Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos, 2013, pp. 52-53.

³⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos, preâmbulo.

³⁶ Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, §5.

de proteção dos Direitos Humanos. Neste sentido, Mário Reis Marques afirma que a comunidade internacional – e, conseqüentemente, a nosso ver, a universalização – acaba em segundo plano, visto os Estados constituírem, a bem da verdade, “a primeira linha de defesa” para estes direitos³⁷. Entretanto, mesmo que a comunidade internacional – no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos – tenha uma função subsidiária, entendemos que a *universalidade* em si destes direitos, devido ao grande número de ratificações nos instrumentos jurídicos, não pode ser questionada, apesar de, realmente, a implementação de normas a nível interno não ser, ainda hoje, literalmente universal.

A adoção e aceitação, pelo direito interno, deste caráter universal dos Direitos Humanos, acaba limitando, de certa forma, a atuação legislativa dos Estados, que devem agir em acordo com as normas imperativas internacionais³⁸ – de acordo com o *jus cogens* – a fim de garantir que os princípios e direitos objetivados por estas normas sejam respeitados e garantidos.

Conclusões da Seção

Podemos, portanto, afirmar que 1) uma vez que os Direitos Humanos contém regras e princípios imperativos, que não aceitam revogação, este ramo do direito forma um conjunto de *jus cogens* que podem ser divididos em três gerações, 2) cujo “surgimento” – nos moldes que temos hoje – se deu no momento pós-guerra, a fim de evitar novas atrocidades como as que haviam sido cometidas e 3) a aceitação destas normas, por parte dos Estados, é tão ampla que, além dos Direitos Humanos serem considerados universais por conta de sua exigibilidade por parte de todas as pessoas pela sua condição humana, o são também por conta desta aderência Estatal – mesmo que a implementação interna ainda não o seja.

Com isto em mente, veremos, a seguir, os sistemas de proteção dos Direitos Humanos em vigência e como a proteção destes direitos ocorre na prática.

³⁷ MARQUES, M. R. *A protecção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU*. [s. l.]: [s.n.], 2014, p. 2048.

³⁸ Antônio Celso Alves Pereira, em “*As normas...*”, p. 30.

II – A Efetiva Proteção Jurídica dos Direitos Humanos

Uma vez introduzidos os Direitos Humanos de forma teórica – sua origem histórica, quais são, seus conceitos e traços marcantes –, passemos, agora, para uma abordagem prática. Nesta seção, focaremos nos instrumentos jurídicos existentes para a proteção dos Direitos Humanos.

Quando nos referimos aos instrumentos jurídicos existentes no âmbito dos Direitos Humanos, visamos a abordagem não apenas de diplomas legais, mas dos sistemas – sejam eles universais ou regionais – de proteção de Direitos Humanos. Com isto em mente, falaremos, primeiro, sobre estes sistemas de proteção, abordando desde os mais “conhecidos” – os sistemas regionais europeu e interamericano, além do sistema universal da ONU – até aqueles que, a nosso ver, são mais facilmente relevados – nomeadamente o sistema regional africano. Nossa abordagem visa apresentar a criação destes sistemas, além dos mecanismos utilizados por cada um deles para garantir a proteção dos Direitos Humanos. Não nos interessa, aqui, adentrar de forma mais aprofundada nos pormenores de cada sistema e nem mesmo definir qual deles é melhor ou mais eficaz, apenas demonstrar que os Direitos Humanos têm tamanha importância que, hoje, sua proteção está difundida em diversos continentes que, mesmo com culturas e ideologias diferentes, têm diversas semelhanças quanto a este quesito.

A começar com o sistema universal e os sistemas regionais – introduzindo seus surgimentos e os objetivos almejados –, poderemos, então, falar sobre os Tribunais de Direitos Humanos que existem hoje e os diplomas legais em vigor – diplomas estes que são de suma importância para o nosso trabalho, uma vez que estabelecem os direitos que devem ser protegidos – impondo, por vezes, até mesmo deveres – e quais as características destes direitos – se são, por exemplo, absolutos ou não.

Sistema Universal – Organização das Nações Unidas

Ora, comecemos, portanto, pela Organização das Nações Unidas. Sabemos que a ONU não foi o primeiro modelo de organização internacional visando a unificação de países sob um mesmo estandarte de paz: este papel recai sobre sua predecessora, a Sociedade das Nações, cuja criação decorre após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1919. Entretanto,

sabemos que esta empreitada se mostrou fútil, infrutífera e, podemos até mesmo dizer, mal organizada e feita às pressas, visto os acontecimentos futuros de 1939.

Não obstante o fracasso generalizado da Sociedade das Nações, havia ali uma ideia, um ideal conjecturado de se atingir a paz a nível internacional³⁹ depois de testemunhados os horrores praticados durante a Primeira Guerra Mundial – ideia esta que passou por modificações e evoluções até que chegamos à criação da ONU – mediante a assinatura da Carta das Nações Unidas –, quando finda a Segunda Guerra Mundial, em 1945, e com criação pautada na necessidade – mais do que na vontade – de não se deixar repetir as práticas deste conflito bélico, que ultrapassou tudo aquilo que se considerava como limite às práticas de guerra que haviam decorrido entre 1914 e 1918: novas armas, novos métodos e, principalmente, novos alvos – com os ataques promovidos à população civil – que chocaram e horrorizaram a humanidade como um todo.

Dentro deste novo cenário e ante esta nova necessidade de evitar com que a história se repetisse surge, então, a ONU, com ideais copiados da fracassada Sociedade das Nações, mas que, no todo, visava a manutenção da paz. Entretanto, mais do que a manutenção, buscou – e ainda busca – a proteção dos seres humanos – sendo esta proteção o que mais nos interessa neste trabalho –, com a adoção, principalmente, de políticas que implementaram e desenvolveram os direitos que, antes, conhecíamos como direitos do homem⁴⁰ – mais uma ideia nada original, já introduzida na França, em 1789⁴¹ e, pode-se dizer, até mesmo nos Estados Unidos, entre 1776 e 1789⁴² – e, hoje, conhecemos por Direitos Humanos, definindo direitos civis e políticos além de promover a convicção de que o aparato público deve servir em favor da proteção dos direitos da sociedade⁴³.

Neste ínterim, e ante o reconhecimento internacional de que os indivíduos devem ser respeitados e, mais, ter seus direitos respeitados apenas em razão da condição humana, sem

³⁹ Tampouco a ideia de uma paz generalizada era inédita. Bertrand, em “*O Essencial Sobre a ONU*”, nos fala que uma proposta de organização internacional a fim de evitar a guerra e promover a paz já se desenvolvia entre os séculos XV e XVIII, citando publicações de Saint-Pierre (“*Projeto para a Paz Perpétua na Europa*”) e Kant (“*Da Paz Perpétua, Um Projeto Filosófico*”).

⁴⁰ BERTRAND, M.; CRUZ, F.; GUÉGUÉS, H. *O essencial sobre a ONU*. 1ª ed. [s. l.]: Bizâncio, 2004, p. 115.

⁴¹ Data de elaboração da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁴² Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

⁴³ Id.

servir a qualquer outro propósito⁴⁴, é que as Convenções e os Tratados de Direito Internacional passam a ser elaborados pela ONU – diplomas legais que abordaremos em mais detalhes mais adiante nesta seção –, pavimentando o Direito Internacional com normas cogentes, ou de “*jus cogens*”⁴⁵, como vimos na seção anterior. Mário Reis Marques nos fala que é no âmbito da formação da ONU que teremos, efetivamente, o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁶ que tanto nos interessa nesse trabalho.

Não se pode dizer que foi um processo simples. Os Estados envolvidos com a ONU, até então, primavam por sua soberania, sem que deixassem que órgãos terceiros, “internacionais”, interferissem em seus assuntos internos⁴⁷ – uma visão que, até hoje, permeia discursos políticos ao redor do mundo. Entretanto, apesar das dificuldades, é em 1948 que temos a criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, para além de garantir direitos civis e políticos, introduziu na ordem internacional a proteção de direitos sociais⁴⁸.

Faz-se necessário dizer – visto que estamos apresentando o início deste sistema universal de proteção aos Direitos Humanos – que a proteção dos Direitos Humanos introduzida pela ONU e pelas demais manifestações – seja pelos Estados, seja pelos povos – que antecederam sua criação focava, *a priori*, na proteção de direitos individuais. Não se mostra como uma surpresa que, em tempos de dissidências e conflitos políticos, diversas tenham sido as manifestações contrárias à elaboração de uma Declaração *Universal* dos Direitos do Homem – ora, havia a busca pela proteção e garantia de direitos da esfera individual por uns, e a busca por direitos sociais por outros⁴⁹ –, que resulta em uma decisão claramente não unânime⁵⁰ mas que levou em consideração todas as visões apresentadas pelos Estados.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Sobre este tema, *cfr.* MIRANDA, J. *Curso de direito internacional público*. 6ª ed., e atual., [reimp.]. [s. l.]: Príncípa, 2021., pp. 124 e ss.

⁴⁶ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Uma dicotomia, diga-se de passagem, que será abordada mais adiante – ignorando as vertentes de ideologias políticas, claramente, uma vez que este não é o objetivo do nosso trabalho –, uma vez que trataremos das alegações, por um lado, de indivíduos particulares que afirmam, com veemência, que seus direitos individuais foram desrespeitados, e, por outro, de Estados que afirmam que sua prioridade é a proteção da sociedade como um todo, não do indivíduo como um só.

⁵⁰ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

Esta falta de consenso entre os Estados levou à adoção, em 1966, de dois Pactos internacionais – nomeadamente o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* – que deveriam, originalmente, ter seus respectivos conteúdos reunidos em um único instrumento jurídico⁵¹. Ainda, por conta das dissidências entre as ideologias adotadas pelos Estados envolvidos na elaboração destes instrumentos, estes últimos foram dotados de forças de imposição e exigibilidade jurídica diferentes, sendo que o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos foi imediatamente aceito como um instrumento juridicamente vinculante, provido de força o suficiente para garantir sua exigibilidade, enquanto o Pacto de Direitos Sociais detinha menos força e, portanto, não era tão amplamente exigível dentre os Estados aderentes⁵². Vale ressaltar, também, no que diz respeito aos direitos sociais, culturais e económicos, que o Pacto prevê, por diversas vezes, a implementação gradual e progressiva de alguns direitos previstos, vinculando sua implementação às condições atinentes de cada Estado, enquanto no âmbito dos direitos individuais – civis e políticos – esse carácter progressivo não é mencionado, o que dá a entender que sua implementação deve ser imediata. Os dois Pactos, juntamente com a Declaração (e diversas outras convenções complementares de Direitos Humanos) formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos⁵³ – um código de leis universais, reconhecidas por diversos Estados.

Ante tudo o que expusemos até o momento, é possível percebermos que o caminho percorrido para a universalização dos Direitos Humanos começou de forma árdua, com diversos obstáculos. Entretanto, até o momento, não discorreremos especificamente sobre este carácter universal do sistema de proteção aos Direitos Humanos que é a ONU.

Não obstante a exigência de diversos Estados para que não houvesse uma intrusão e uma interferência em seus respectivos assuntos internos e, ainda, não obstante o carácter não vinculativo inicial da Declaração de 1948 – trata-se, afinal, de uma Declaração, e não de um Tratado⁵⁴ –, a ONU, ainda assim, se impõe e é tida como um órgão, um sistema, universal

⁵¹ Id.

⁵² Id.

⁵³ Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes, em “*Manual...*”, p. 57.

⁵⁴ A DUDH, como seu próprio nome evidencia, é uma *declaração*. Via de regra, declarações – diferentemente dos tratados que, por sua vez, são “assimiláveis a um negócio jurídico” (ALMEIDA, 2003) – não são juridicamente vinculantes, apesar de elencarem Direitos que, conseqüentemente, podem passar a fazer parte das fontes de Direito Internacional através do direito costumeiro; entretanto, a discussão sobre o carácter

de proteção de Direitos Humanos. Essa característica fundamental – e influenciadora para os demais sistemas regionais – advém da já mencionada necessidade de manutenção da paz e da grande aderência de Estados membros da Organização: temos, hoje, um total de 193⁵⁵ Estados membros soberanos. Ainda, este obstáculo que temos com a Declaração – seu caráter não vinculante que beirava o de uma simples recomendação – acaba por ser remediado quando da elaboração, *a posteriori*, de outros diplomas legais dotados desta essencialidade – mesmo que ainda existam os constantes conflitos de interesse entre os Estados⁵⁶.

Temos, portanto, um sistema criado à sombra de períodos bélicos devastadores e extensos que visa a manutenção de uma – frágil – paz internacional e do respeito aos direitos considerados como inerentes de todos os seres humanos, evitando a repetição histórica de períodos em que diversas foram as violações cometidas por meio da elaboração e implementação de diplomas legais universalmente difundidos, sendo este, também, um sistema universal de proteção aos Direitos Humanos que, mesmo com limitações, influencia os sistemas regionais. É, também, um sistema que, desde a sua concepção, prioriza os direitos individuais em face dos direitos coletivos, mas que, gradualmente e com a evolução da sociedade, passou a atribuir o mesmo grau de importância para estes direitos sociais.

Sistemas Regionais

Depois de falarmos sobre o sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, cabe a nós discorrer sobre os sistemas regionais que existem hoje – principalmente quando temos em mente que os dois *case law* que abordaremos futuramente foram julgados na Europa, região que possui um sistema de proteção dos Direitos Humanos.

vinculativo da Declaração também é abordada por MURPHY, T. *Health and human rights*. [s. l.]: Hart Publishing, 2013, pp. 24 e ss. Ainda, sobre as fontes de Direito Internacional, *cf.* Francisco Ferreira de Almeida, em “*Direito Internacional...*”, pp. 93 e ss.

⁵⁵ A ONU, hoje, reconhece a existência apenas destes 193 países – com o reconhecimento de dois “países observadores”, nomeadamente a Palestina e o Vaticano –, ignorando a existência, como país, de outros Estados, como o Kosovo, a Escócia, o País de Gales, a Irlanda do Norte e Taiwan. Estes Estados não são reconhecidos como soberanos, por vezes, por conta de embates políticos. Dessa forma, se levássemos em consideração apenas a lista de Estados soberanos reconhecidos pela ONU, teríamos uma aderência quase universal à Organização, estando excluídos apenas a Palestina e o Vaticano que, como dissemos, são observadores. Não obstante essa desconsideração de outros Estados que, a nosso ver, é feita de forma equivocada – e que faria com que a adesão à Organização não fosse tão universal assim –, ainda assim consideramos a Organização como universal, dada a grande quantidade de Estados membros.

⁵⁶ Mário Reis Marques, “*A Protecção...*”.

Nossa abordagem, aqui, tem o intuito de apresentar as semelhanças e diferenças entre os sistemas regionais para que possamos, conseqüentemente, compreender como se dariam as decisões dos *case law* nestes sistemas: se seriam semelhantes ou diferentes. Este entendimento prima, portanto, em esclarecer se a proteção dos Direitos Humanos – que, veja bem, tem um sistema de proteção universal – é, de fato, universal⁵⁷ e padronizada ou se, pelo contrário, cada sistema e cada região possui uma ideia diferente daquilo que caracteriza os Direitos Humanos e daquilo que deve ou não ser protegido⁵⁸.

Vale ressaltar que, segundo Mário Reis Marques, a criação destes sistemas regionais, aos moldes do sistema universal, não apenas cumpre com o previsto na própria Carta das Nações Unidas – de que os Estados deveriam tomar as medidas necessárias, de forma conjunta ou individual, para garantir o cumprimento dos Direitos Humanos⁵⁹ –, mas serve também ao propósito de reunir grupos de Estados com os mesmos ideais e com as mesmas conjecturas sobre o que deve ou não ser considerado como passível de proteção dentro dos Direitos Humanos – ideais estes que, como veremos, podem divergir – e, assim, focar os esforços daqueles grupos de países em proteger estes direitos de forma mais eficaz⁶⁰.

Sistema Europeu dos Direitos do Homem

Começemos, então, pelo sistema regional europeu, visto ser uma realidade que nos é mais próxima. Flávia Piovesan nos fala, desde logo, que o sistema europeu é, dentre os três existentes, o mais avançado, o mais consolidado, exercendo, conseqüentemente, mais influência sobre os sistemas interamericano e africano⁶¹. Pode-se dizer que é um sistema complementar ao sistema universal da ONU, promovendo a ampliação e o fortalecimento da

⁵⁷ A título de informação, nos cabe dizer que não há um sistema regional de proteção aos Direitos Humanos na Ásia o que, a nosso ver, afeta a efetividade da proteção *universal* dos Direitos Humanos, mas que, de todo modo, não é um tema que nos seja pertinente e, portanto, não o abordaremos mais a fundo

⁵⁸ Entender as diferenças e semelhanças entre os sistemas se faz necessário, principalmente, para as conclusões a que pretendemos chegar ao finalizarmos este trabalho. Ora, apresentaremos dois casos na última seção que, como dissemos, aconteceram e foram julgados em território europeu. Entretanto, por mais importante que possa ser, o sistema de proteção de Direitos Humanos Europeu não é universal – como o próprio nome diz – e não é razoável inferir que aquilo que é considerado como certo e errado dentro deste sistema também o é nos demais. Assim, a fim de evitar injustiças e posicionamentos tendenciosos em nossas conclusões, caso os sistemas regionais apresentem diferenças muito significativas que levariam a conclusões e julgamentos diferentes entre eles, estes aspectos serão levados em conta.

⁵⁹ Carta das Nações Unidas, artigo 56º.

⁶⁰ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

⁶¹ Piovesan, Flávia em “*Direitos Humanos...*”, p. 113.

proteção dos Direitos Humanos⁶². É, ainda segundo Piovesan, o sistema com maior judicialização⁶³ dos Direitos Humanos, não sendo um sistema limitado à definição de direitos, mas um sistema que criou um mecanismo amplo de exigência da proteção destes direitos, dando azo à que cada indivíduo possa, individualmente, submeter casos contra os Estados⁶⁴ que serão, por sua vez, apreciados pelos órgãos competentes.

O sistema europeu nasce – assim como a ONU – como resposta aos horrores enfrentados durante a Segunda Guerra Mundial, também com o objetivo de evitar futuras violações de Direitos Humanos tais quais as perpetradas durante o período bélico, “*significando a ruptura com a barbárie totalitária*”⁶⁵, e desenvolvendo um processo de integração do continente europeu que, dentre outras facetas, visa a proteção do seu cidadão através da garantia dos Direitos Humanos⁶⁶.

Dentre os mecanismos de proteção de Direitos Humanos no sistema europeu, temos a Convenção Europeia de Direitos Humanos – ou “Convenção” –, que sucedeu a criação do

⁶² VEIGA, Paula. *Intervenção Da Professora Da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra, Paula Veiga. Os 40 anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)*. Revista da Ordem dos Advogados. Vol. III/IV. Ano 78, pp. 555-567. Jul./Dez. Lisboa, 2018, p. 564. Nas palavras da Doutora Paula Veiga, a ONU, sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, referencia amiúde os *case law* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando da tomada de decisões. Destarte, consideramos que os sistemas regionais e o sistema universal são complementares, buscando uma atuação que leve sempre à melhor e mais efetiva proteção dos Direitos Humanos no plano nacional e internacional. Ainda, na p. 567 temos a afirmação, feita pela Doutora, de que são criadas jurisdições complementares, situação em que se cria uma “lógica de complementaridade”. Também neste sentido afirma Flávia Piovesan, em “*Direitos Humanos...*”, p. 50, quando diz “*os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares*”.

⁶³ Piovesan, em “*Direitos Humanos...*”, p. 114.

⁶⁴ Esta inovação não veio sem objeções. TEITGEN, P.-H. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993., p. 12, nos fala que, quando da elaboração da Convenção, foram levantados questionamentos quanto à eficácia do Tribunal caso fossem permitidas petições individuais, e que isso viria a tornar o órgão inútil. Para garantir que o direito de petição individual estivesse, de alguma forma, inserido na Convenção, foi necessário chegar a um acordo entre aqueles que aprovavam e aqueles que desaprovavam esta implementação. O acordo a que se chegou foi que este direito existiria desde que o Estado contra o qual fosse movida a ação houvesse acordado, tacitamente, com este direito de petição individual. Do contrário, a petição movida por um particular não seria aceita. Ainda, Teitgen continua seu texto explicando que poucos Estados moviam ações contra outros Estados – com receio de violarem princípios de solidariedade – e, somado a isso o impedimento do pleito individual, Teitgen afirma que o sistema europeu nada mais fosse do que uma “empty shell”. No mais, aponta o absurdo que seria exigir que um Estado supostamente violador de Direitos Humanos precisasse aquiescer para que um processo fosse movido contra ele próprio. O texto de Teitgen nos informa que a maior parte dos Estados envolvidos na elaboração da Convenção aceitou o direito de petição individual, o que culminou na aquiescência pelos Estados que eram, *a priori*, contrários a esta ideia. Entretanto, foi apenas com o Protocolo nº 9, em 1990, que se extinguiu esta exigência.

⁶⁵ Flávia Piovesan em “*Direitos Humanos...*”, p. 113.

⁶⁶ Id.

Conselho da Europa, em 1949⁶⁷, sendo elaborada em 1950 e com entrada em vigor em 1953 – cinco anos, portanto, depois da elaboração da Declaração dos Direitos do Homem. Diferentemente da Declaração, entretanto, a Convenção é um diploma legal com caráter vinculante. Ora, logo no preâmbulo da Convenção temos a determinação de que os Estados contratantes estão obrigados a garantir a proteção de todos os direitos e liberdades definidos pela Convenção, sendo que à esta imposição segue-se, ainda, a determinação de que os Estados devem reconhecer “a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos⁶⁸”:

“[...] Afirmando que as Altas Partes Contratantes, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de assegurar os direitos e as liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos [...]”⁶⁹

Os Estados ficam, então, obrigados, mediante a assinatura da Convenção, a adotar medidas internas que sejam compatíveis com os direitos e deveres estabelecidos pelo texto desta. No que concerne ao poder, à força que a Convenção exerce na ordem jurídica de cada Estado, isso depende do próprio Estado em questão. Há aqueles que consagram, em sua ordem interna, que a Convenção tem força constitucional. Há, em contrapartida, aqueles que preferem atribuir o caráter de lei, ou mesmo um caráter intermediário – acima das leis ordinárias, mas abaixo das normas constitucionais⁷⁰.

No que diz respeito aos direitos que discutiremos neste trabalho, temos a continuidade daquilo que se introduziu na ONU, quando da Declaração de 1948. Os primeiros direitos elencados na Convenção são aqueles considerados como

⁶⁷ O Conselho da Europa foi criado em 1949, no seguimento da Segunda Guerra Mundial, e tem por objetivo a proteção de Direitos Humanos em território europeu além de implementar a fundação necessária para a posterior criação da Comunidade Econômica Europeia, em 1957, que tinha por objetivo último a unificação dos Estados em território europeu. Hoje, conta com 46 Estados Membros, sendo 27 deles também membros da UE. É uma entidade que busca a defesa de diversas premissas e direitos presentes na Convenção e na Carta da ONU sobre Direitos Humanos, primando pelas liberdades individuais – de expressão, de imprensa, de religião –, bem como pela defesa das minorias e da promoção da igualdade. Hoje, são adotados 224 tratados pelo Conselho.

⁶⁸ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 1º.

⁶⁹ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, preâmbulo.

⁷⁰ LEMMENS, Koen. *General Survey of the Convention*. In: DIJK, P. van (ed.). *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 5ª ed. [s. l.]: Intersentia, 2018., pp. 24-25.

“fundamentais⁷¹” e eram, como percebemos quando da leitura do texto legal, direitos e liberdades individuais, que garantem a vida, a autonomia, a liberdade – de expressão, de pensamento, de religião –, a integridade e a vida privada. São direitos de primeira geração, direitos civis e políticos “sob o ideário democrático liberal e individualista, a expressar os valores dominantes...da Europa ocidental⁷²” – um ideal voltado para as ideias democráticas de governo que mesmo Teitgen⁷³ confirma ter sido a principal preocupação daqueles envolvidos com a elaboração da Convenção. Não houve motivos para uma discussão mais acalorada, causada com a introdução de direitos sociais e culturais, que poderia criar empecilhos e impedimentos para a implementação da Convenção⁷⁴.

Não obstante esta falha – a nosso ver – que, apesar de não criar obstáculos para a aceitação da Convenção, o faz para a efetiva proteção de Direitos Humanos, é justo dizer que foi “logo” sanada com a criação e implementação de um outro dispositivo de proteção de Direitos Humanos, a Carta Social Europeia – com entrada em vigor em 1965 –, e com a adoção progressiva de direitos⁷⁵ antes ignorados. A proibição à discriminação – ou o direito à não-discriminação –, que brevemente será tema de discussão deste trabalho, foi mais largamente abordada pela Convenção com a adoção do Protocolo nº 12 apesar de, antes, já se proibir a discriminação quando da aplicação dos direitos previstos e garantidos pela Convenção. Ainda, nota-se, o direito à saúde não está inserido como um Direito Humano no âmbito da Convenção ou da Carta Social.

A Convenção também ensejou a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), órgão máximo referente à esta matéria dentro do território europeu, a partir de seu artigo 19º, no título II do documento. É dever do Tribunal interpretar as normas presentes na Convenção, bem como julgar os casos peticionados a) por indivíduos contra Estados, ou b) por Estados contra Estados. Entretanto, apesar de ser um Tribunal propriamente dito, sua provocação deve ser apenas subsidiária, visto que o artigo 35º da Convenção impõe, dentre os requisitos de admissibilidade que, primeiro, as vias processuais internas devem ser esgotadas antes que seja remetida uma petição ao TEDH. Ora, além de expandir o sistema

⁷¹ P.-H. Teitgen, “*Introduction to ...*”, p. 3.

⁷² Flávia Piovesan em “*Direitos Humanos...*”, p. 117.

⁷³ P.-H. Teitgen, “*Introduction to...*”, p. 3.

⁷⁴ Nas palavras de Teitgen: “... *the ‘maximalists’ [...] had to resign themselves as a rule to a compromise with the ‘minimalists’ in order to win their support [...]*”.

⁷⁵ P.-H. Teitgen, “*Introduction to...*”, p. 3.

universal da ONU, o sistema regional europeu também pretende expandir e tornar mais eficazes os sistemas de proteção nacionais, atuando meramente quando estes últimos falharem⁷⁶. Ainda, o Tribunal contribui de forma extensa para uniformizar aquilo que se entende por Direitos Humanos dentro de diversos Estados com múltiplas culturas e diversos graus de desenvolvimento⁷⁷.

Vale dizer, ainda, que a Convenção é um instrumento legal que, apesar de ter sido elaborado e implementado nos anos 50, não se trata de um instrumento imutável e restritivo, devendo ser interpretada de forma condizente com a sociedade no momento em que os casos forem julgados, sempre de forma expansiva – fator que podemos facilmente observar quando consideramos as diversas adições e expansões já feita *pela* Convenção e *na* Convenção⁷⁸.

Temos, portanto, um sistema regional – de aplicação exclusiva ao continente europeu – que, apesar de seguir os moldes do sistema universal, implementa mudanças essenciais para garantir a proteção dos Direitos Humanos, nomeadamente o caráter vinculante da Convenção para todos os Estados contratantes e, principalmente, o – exclusivamente europeu – direito de peticionar individualmente perante um tribunal criado de forma específica para garantir a proteção destes direitos. Também nos parece certo dizer que a adoção da Carta Social Europeia – bem como a aceitação, por parte dos Estados, da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁹ – mostra que o sistema europeu considera os direitos sociais e culturais tão importantes quanto os direitos individuais, aceitando, como regra geral, que o coletivo e o social também devem ser protegidos – uma ruptura importante com o pensamento originário quando da criação deste sistema de proteção.

Sistema Interamericano

O segundo sistema regional que abordaremos se trata do sistema interamericano de Direitos Humanos e, como nos diz Piovesan⁸⁰, ao considerarmos este sistema devemos ter

⁷⁶ Flávia Piovesan em “*Direitos Humanos...*”, p. 118.

⁷⁷ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

⁷⁸ Para mais detalhes, *cfr.* Koen Lemmens, em “*General Survey...*”, pp. 4-6.

⁷⁹ Flávia Piovesan em “*Direitos Humanos...*”, p. 135. Suas exatas palavras são “*O sistema europeu tem revelado alto grau de cumprimento de das decisões da Corte...*” o que, a nosso entender, significa que os Estados contratantes aceitam a jurisdição do Tribunal.

⁸⁰ *Id.*, p. 137.

sempre em mente o contexto histórico e as diferenças políticas, culturais, jurídicas e regionais que acabam influenciando na forma como ele opera e, conseqüentemente, acarreta diversas diferenças notáveis quando comparado com o sistema europeu.

A primeira particularidade que temos é que, quando do “surgimento”⁸¹ do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, diversos Estados da América encontravam-se sob regimes ditatoriais – o que, a nosso ver, é uma grande ironia, visto que sistemas ditatoriais são notórios pelas constantes violações do que hoje temos por Direitos Humanos. Não obstante, o reconhecimento de que havia uma real necessidade de se criar um sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos surge no pós-guerra (concomitantemente à criação do sistema universal da ONU e, podemos dizer, à criação do sistema europeu), em 1945, com a Conferência Interamericana Sobre os Problemas da Guerra e da Paz, no México, sendo que a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos se dá apenas em 1959, no Chile⁸².

A princípio temos um sistema que, mais uma vez, prima pela proteção dos direitos individuais da pessoa humana, tais quais a liberdade, o direito à vida, e o direito à privacidade. Entretanto, em 1969 concebe-se o Pacto de San José da Costa Rica – instrumento mais notório do sistema interamericano de Direitos Humanos –, que entrou em vigor apenas em 1978. Ora, mais uma vez temos um instrumento um tanto quanto irônico dadas as condições políticas das Américas. Considerado um dos instrumentos mais abrangentes de defesa dos Direitos Humanos⁸³, com mais de 80 artigos, prima, por óbvio, pelos direitos individuais, sem fazer qualquer menção específica aos direitos sociais e culturais, deixando a critério dos Estados contratantes avançar neste campo conforme seus respectivos governos lhes permitissem. É apenas em 1999 que esta categoria de direitos é incluída no sistema interamericano⁸⁴. Ainda, os diplomas internacionais do sistema

⁸¹ Usamos as aspas, aqui, porque o surgimento de todos os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos não tem uma data específica, visto que as conversas de paz internacional aconteceram em diversos momentos. No sistema interamericano, por exemplo, a primeira conferência entre os países latino-americanos decorre em 1826 – Congresso do Panamá – e, depois, em 1889, entre os países americanos, temos a Primeira Conferência Internacional Americana. Como vimos no sistema europeu, Kant já falava sobre a paz entre os Estados europeus no século XVIII. Portanto, consideramos o “surgimento” destes sistemas apenas quando da efetiva assinatura e entrada em vigor – ou tentativa de se fazer valer – dos instrumentos internacionais. No caso de ambos os sistemas regionais que vimos até o momento, isto apenas ocorre na situação pós-guerra.

⁸² Para mais, *cf.* BICUDO, Hélio. *Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais*. Estudos Avançados, [s. l.], v. 17, n. 47, p. 225–236, 2003, e, ainda, Flávia Piovesan, “Direitos Humanos...”.

⁸³ Flávia Piovesan, “Direitos Humanos...”, p. 140.

⁸⁴ *Id.*, p. 141.

interamericano também instituíram órgãos de controle para garantir a fiscalização e o cumprimento, por parte dos Estados, com o que havia sido contratado, no que concerne à proteção dos Direitos Humanos.

É neste aspecto que encontramos a maior divergência entre os sistemas interamericano e europeu de Direitos Humanos. A fiscalização exercida sobre os Estados contratantes dos instrumentos interamericanos de proteção aos Direitos Humanos é feita tanto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, apesar da Comissão receber denúncias feitas tanto por indivíduos e organizações quanto por Estados, ela apenas emite relatórios quando da averiguação destas denúncias e remete, ou não, o caso para a Corte Interamericana⁸⁵. Ora, o que efetivamente tem-se por Tribunal no sistema interamericano apenas recebe os casos que um outro órgão julgou como relevantes, ou casos remetidos por outro Estado contratante, abstendo-se de apreciar qualquer manifesta alegação de violação de Direitos Humanos que não lhe tenham sido remetidas por estas vias⁸⁶. Há, portanto, um intermediário entre o indivíduo e o Tribunal – coisa que não existe no sistema europeu, em que o cidadão tem acesso direto ao Tribunal quando julga que seus direitos foram violados.

Neste íterim temos, ainda, uma outra divergência entre os sistemas europeu e interamericano: no sistema europeu, quando da assinatura da Convenção, o Estado contratante automaticamente reconhece a jurisdição do Tribunal e se compromete a cumprir com as determinações e sentenças proferidas nos julgamentos emitidos. No caso do sistema interamericano, por outro lado, o Estado contratante deve, primeiro, reconhecer a jurisdição do Tribunal no caso que está sendo julgado para, então, se submeter ao cumprimento do que foi determinado em julgamento⁸⁷. De acordo com Hélio Bicudo, “sua efetividade [da Corte] está vinculada à ação que os órgãos políticos estejam dispostos a empreender”⁸⁸, uma vez que a Corte Interamericana apenas detém a quantidade de poder que os Estados contratantes consideram que ela efetivamente tem. Da mesma forma nos ensina Mário Reis Marques e,

⁸⁵ Hélio Bicudo, “*Defesa dos direitos...*”, p. 231.

⁸⁶ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 61º, “*Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte*”.

⁸⁷ Flávia Piovesan, “*Direitos Humanos...*”, p. 149.

⁸⁸ Hélio Bicudo, “*Defesa dos Direitos Humanos...*”, p. 232.

ainda, acrescenta que a falta de mecanismos de controle e supervisão de execução das sentenças faz com que se deva ter especial relevância a auto execução destas sentenças⁸⁹.

É razoável afirmar que a elaboração dos instrumentos jurídicos que norteiam o funcionamento do sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos teve por base um pensamento que primava pela soberania nacional. O artigo 19º da Carta da OEA⁹⁰, por exemplo, proíbe expressamente a intervenção em um Estado por outro⁹¹. Ainda, o próprio artigo 1º, ao estabelecer os propósitos da OEA, determina que a Organização não tem poder de intervenção⁹², e no artigo 3º, dentre os princípios da Organização, temos uma vez mais a proibição de interferência externa⁹³.

Além desta proibição – fundada em preocupações pertinentes à época histórica em que se enquadra a criação do sistema interamericano –, temos, ainda, a prevalência dos direitos individuais aos coletivos, como vemos no preâmbulo da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos⁹⁴ (Pacto de San José da Costa Rica). É justo apontarmos que existe, mais adiante no preâmbulo, o reconhecimento de que “*só pode ser realizado o ideal do ser humano livre [...] se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais [...]*”⁹⁵. Entretanto, apesar deste reconhecimento, a leitura do diploma legal nos mostra que a real preocupação daqueles envolvidos em sua

⁸⁹ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

⁹⁰ Carta da Organização dos Estados Americanos, artigo 19º: “*Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro...*”.

⁹¹ Aqui temos o direito à não ingerência, direito este, segundo ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário*. [s. l.]: Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 71, 1995., também presente e com particular relevância nos princípios norteadores do Direito Internacional clássico, funcionando como garantidor da manutenção da soberania dos Estados. Entretanto, Almeida também afirma que este princípio não está restrito apenas às intervenções armadas, mas também às intervenções mais sutis que, dadas às circunstâncias – para se fazer cumprir o Direito Humanitário, por exemplo – deveria, na verdade, haver um “dever de ingerência”. A nosso ver, esta posição poderia – mais uma vez, dadas às circunstâncias e verificadas as condições de cada caso – ser exercido, para além de se fazer valer e aplicar o Direito Humanitário, também para os Direitos Humanos – ao menos no que diz respeito às normas e direitos deste ramo que fossem “mais importantes”.

⁹² Carta da Organização dos Estados Americanos, artigo 1º: “*...A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros*”.

⁹³ Id., artigo 3º, ‘e’: “*Todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se da maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado...*”.

⁹⁴ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, preâmbulo: “*Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem...*”.

⁹⁵ Id.

elaboração não era, de fato, garantir estes direitos sociais⁹⁶, uma vez que na própria Convenção Americana, em seu artigo 26º – único artigo de um capítulo inteiro que deveria abordar os direitos sociais –, estes direitos são abordados de forma genérica, sob um título de “*desenvolvimento progressivo*”, e a única determinação é a de que os Estados deveriam se comprometer “*a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, [...] a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais, [...] constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos...*”⁹⁷. O problema decorre, todavia, quando da leitura da Carta da OEA e da percepção de que não há direitos sociais e culturais elencados.

A nós cabe a obrigação de destacar que a Comissão e a Corte Interamericana não exercem uma aplicação e interpretação dos direitos elencados de forma restritiva e estática – do mesmo modo que o sistema europeu também não o faz –, publicando sentenças e interpretações que estão em conformidade com o momento em que são emitidas⁹⁸, o que faz com que a abrangência dos Direitos Humanos seja cada vez mais ampla. É neste ínterim que podemos mencionar, então, as Resoluções da OEA⁹⁹ que, quer propositalmente, quer não, expõem uma visão de Direitos Humanos que envolvem muito mais os direitos sociais, coletivos e culturais do que, *a priori*, o sistema interamericano reconhecia. Neste sentido, e considerando nosso interesse neste trabalho, podemos mencionar as resoluções 1/2020, 4/2020 e 1/2021, todas proferidas em período pandêmico e referentes à vacinação e às medidas de contenção do vírus da COVID-19, e todas com pareceres que incentivam a promoção e adoção de medidas, leis e políticas que priorizem o bem-estar social em prol do individual.

Temos, portanto, um sistema criado, a nosso ver, de forma irônica, dadas às condições históricas, e que mantém aspectos dessa ironia mesmo nos dias de hoje. Um sistema que, em teoria – no papel – prima pela proteção de Direitos Humanos e prevê a

⁹⁶ Acreditamos que é necessário apontar, aqui, que o motivo que focamos neste tema da prevalência dos direitos individuais sobre os sociais nos diversos instrumentos de proteção de Direitos Humanos será a discussão, mais adiante, quando falarmos sobre a discriminação sanitária, se este pensamento perpetua ou se deve perpetuar até os dias de hoje; ou se, ao invés, está justificada a adoção de medidas estatais que primam pelo coletivo.

⁹⁷ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 26º.

⁹⁸ Flávia Piovesan, “*Direitos Humanos...*”, p. 152.

⁹⁹ Para mais, acessar <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/decisiones/resoluciones.asp>>.

inclusão de direitos sociais, coletivos e culturais em sua carta de direitos, mas que não o faz expressamente e depende de pareceres e sentenças emitidos por um de seus órgãos para incluir estes direitos no rol dos que devem ser protegidos e garantidos pelos Estados contratantes. Ainda, temos um sistema que busca resultados e tem um Tribunal com força vinculante, mas apenas para aqueles Estados que reconhecem sua competência jurisdicional – Estados estes que, no mais das vezes, mantêm a mentalidade de soberania estatal e de não intervenção por parte de outros Estados em suas políticas internas e externas e, por consequência, acabam por não se submeter à jurisdição. Um sistema, entretanto, que dadas estas condições contraproducentes na luta para o respeito e proteção dos Direitos Humanos, tem um órgão que busca expandir a interpretação dada às normas vigentes nos instrumentos interamericanos e tem, lentamente, deixado claro que direitos sociais e culturais são tão importantes quanto os direitos individuais originalmente abarcados pela sistema.

Sistema Africano

Chegamos, por fim, ao sistema regional africano de proteção aos Direitos Humanos, sendo este o mais recente e, ainda, o que carece de mais desenvolvimento quando da proteção dos Direitos Humanos. Ora, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, principal diploma jurídico do sistema africano, foi adotada em 1981, com entrada em vigor apenas em 1986. Em meio a diversos conflitos que marcaram o continente Africano no século passado, fundamentados por políticas colonialistas impostas no decorrer de vários séculos, não se pode exigir que tenham um sistema tão consolidado quanto o europeu, ou mesmo quanto o americano – que, apesar de também ter passado pelas mesmas políticas exploradoras e colonialistas, obteve independência muito antes dos Estados africanos.

O sistema africano de proteção aos Direitos Humanos reflete, precisamente, as ideias advindas de uma longa história de guerras e conflitos internos, além de indicar, conforme nos aponta Piovesan, o progresso referente à luta pela descolonização, primando pelo direito à autodeterminação dos povos e buscando um respeito mútuo pelas diversas entidades culturais da região¹⁰⁰. De forma geral, os Estados africanos são assinantes das Convenções internacionais de Direitos Humanos e possuem estes direitos expressamente previstos por suas constituições. Entretanto, este fato não impede que ocorram diversas violações a estes

¹⁰⁰ Flávia Piovesan, “*Direitos Humanos...*”, p. 231.

direitos¹⁰¹ – da mesma forma como ocorrem, também, nos Estados pertencentes ao sistema europeu e ao sistema americano.

Junto com a adoção da Carta Africana – nos mesmos moldes dos outros dois sistemas regionais – foi criada, também, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que, assim como suas predecessoras, visava a proteção dos Direitos Humanos e a interpretação do conteúdo normativo presente na Carta. O sistema africano tem aderência de todos os Estados africanos e, desde 2001, é chamado de União Africana¹⁰². Ainda, Piovesan nos traz a primeira – e, a nosso ver, fundamental – diferença entre a Carta Africana e as Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos: o primor pela coletividade e pela manutenção das características culturais africanas¹⁰³. Da mesma forma nos ensina Mário Reis Marques, quando afirma que a Carta Africana apresenta uma visão holística, atribuindo a mesma força e legitimidade normativa tanto aos direitos individuais, quanto aos direitos coletivos¹⁰⁴.

Logo no preâmbulo da Carta temos a determinação que os povos africanos afirmam um o compromisso de “*eliminar, sob todas as suas formas o colonialismo da África*”¹⁰⁵, o que nos remete à urgência em perpetuar as tradições e a cultura africana que, durante muito, foram influenciadas por culturas externas diversas. À ela, segue o primor pelo coletivo, quando a Carta traz a consideração de que “os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais”¹⁰⁶ estabelecendo, assim, a maior diferença entre os sistemas regionais quando de suas respectivas criações – obviamente, como já falamos, por conta do contexto histórico em que cada um deles foi criado¹⁰⁷ –, adotando expressamente uma posição que, nos outros sistemas, apenas tem sido adotada mediante a implementação de novos diplomas legais e jurisprudências.

Ainda dentro destas diferenças, a Carta Africana é a única que estabelece, para além dos direitos, deveres – em seu capítulo II – que todo cidadão deve seguir e, dentre eles,

¹⁰¹ Id.

¹⁰² Id., p. 233.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”.

¹⁰⁵ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, preâmbulo.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Entretanto, mesmo que a criação do sistema africano seja posterior às criações dos demais sistemas, ainda assim consideramos necessário enfatizar em como esta determinação – de que os direitos sociais, culturais e econômicos são indissociáveis dos direitos civis e políticos – é importante e, de certa forma, revolucionária, uma vez que, de todo modo, ainda se mostra um pensamento avançado para a época.

destacamos aqui o artigo 27º que impõe os deveres para com as “coletividades legalmente reconhecidas¹⁰⁸” e para com a sociedade, determinando, neste íterim, que os direitos e liberdades estão pautados no respeito pelos direitos de outrem e pelo respeito da segurança coletiva¹⁰⁹.

Dentre os direitos conferidos pela Carta, *a priori* temos a repetição daqueles trazidos pelos sistemas regionais que abordamos previamente¹¹⁰, com os direitos e liberdades individuais. Entretanto, como já dissemos, a Carta traz elencados os direitos sociais e culturais que também são considerados como Direitos Humanos, sendo pioneira neste sentido e, também, quando traz expressamente o direito à saúde, em seu artigo 16º, e ao ambiente, em seu artigo 24º.

Como mímica de seus predecessores e conforme já mencionado, a Carta traz consigo a criação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em seu artigo 30º, que tem, no que diz respeito às suas competências, as mesmas características que já se mostraram previamente nos sistemas regionais americano e europeu: o julgamento de casos, a promoção e a defesa dos Direitos Humanos, a interpretação e a criação de regras e princípios pertinentes à esta defesa. Os Estados devem, também, enviar relatórios à Comissão a cada dois anos referentes às violações que acontecem em seus respectivos territórios que, por sua vez, serão apreciados por ela¹¹¹. A Comissão não é, entretanto, um órgão com poder vinculante, e a Carta não criou um Tribunal ou uma Corte africana, estando a sua criação vinculada ao Protocolo à Carta Africana, elaborado em 2001, e com entrada em vigor em 2004¹¹².

Imaginamos que não seja surpresa quando apontamos que não são todos os Estados africanos que ratificaram o Protocolo e, conseqüentemente, se submeteram à jurisdição da Corte Africana de Direitos Humanos. Junte-se a isso 1) o fato de que as únicas partes legítimas para peticionar a Corte são a Comissão, o Estado que possuir uma queixa, o Estado

¹⁰⁸ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 27º, 1.

¹⁰⁹ Id., artigo 27º, 2: “Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum”.

¹¹⁰ Para, de forma breve, entender as particularidades africanas, *cf.* MOCO, M. *Direitos humanos: as particularidades africanas* Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa, vol. L, nº 1 e 2, p. 435-441, 2009.

¹¹¹ Piovesan, “*Direitos Humanos...*”, p. 238.

¹¹² Já existia, previamente, um Tribunal de Justiça da União Africana, que foi oficialmente fundido com o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos formando o que agora se conhece por Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos.

contra o qual foi apresentada uma queixa, o Estado cujo cidadão seja vítima de violação de direitos, e as organizações intragovernamentais¹¹³; 2) o cidadão ou a ONG que quiser apresentar uma queixa ou peticionar à Corte deverá ser parte de um Estado que declarou, expressamente, a aceitação da competência da Corte para apreciar casos submetidos deste modo¹¹⁴; e 3) o envio de toda e qualquer petição direcionada à Comissão deve passar pelo crivo do Estado envolvido para que a Comissão o aceite¹¹⁵; temos um sistema que, apesar de pioneiro quanto à determinação e previsão expressa de direitos sociais e culturais – além do direito à saúde como um direito humano, e da primazia do coletivo sobre o particular –, é um sistema que não apenas exclui o cidadão particular de peticionar tanto à Corte quanto à Comissão – o que não se trata de uma novidade, visto que o sistema interamericano também o faz –, mas um sistema que, divergindo tanto do sistema europeu quanto do sistema interamericano, exige que o Estado contra o qual uma queixa é movida concorde com a apresentação daquela queixa para que, então, seja julgado por violações de Direitos Humanos.

Previsões legais relevantes

Uma vez introduzidos os sistemas de proteção de Direitos Humanos que temos, hoje, em vigor, cabe-nos agora apresentar, com mais minúcia do que fizemos até o momento, as previsões e os diplomas legais que se farão relevantes para a continuidade do nosso trabalho. Para isso, abordaremos alguns artigos dos diversos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos que existem e que perfazem o catálogo de diplomas legais norteadores das decisões dos Tribunais de Direitos.

Os artigos e leis que apresentaremos aqui – alguns, inclusive, já mencionados de forma breve anteriormente – são importantes porque perfazem o conjunto de previsões legais que garantem tanto as liberdades e os direitos individuais quanto os direitos sociais e coletivos – previsões estas que acabam por gerar embates quando temos um cenário

¹¹³ Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 5º, 1, a-e.

¹¹⁴ Id. artigo 5º, 3, e artigo 34º, 6.

¹¹⁵ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 57º. Para nós, esta é a maior falha do sistema africano de proteção dos Direitos Humanos sendo, inclusive, uma imposição que – como vimos anteriormente nesta seção – foi exigida por certo tempo pelo sistema europeu mas foi, entretanto, eliminada. Para uma dissertação mais breve sobre a normatividade e alguns problemas do sistema, *cfr.* KABUNDA, M. *O sistema normativo africano de direitos humanos / The African normative system of human rights*. Relações Internacionais (R:I), [s. l.], n. 54, p. 45–54, 2017.

pandêmico, por exemplo, e alguns direitos são restringidos em favor de outros. Portanto, para elaborarmos uma discussão mais embasada e fundamentada nas seções que seguirão, devemos estudar estas previsões para entendermos os argumentos utilizados por ambas as partes no debate da *discriminação sanitária*. Vale ressaltar que não entraremos em detalhes relativos aos processos pelos quais passaram as interpretações destes artigos, uma vez que este não é o foco deste trabalho e acabaria ultrapassando os limites aos quais no propusemos; apenas nos limitaremos a apresentar o texto da lei, bem como as interpretações adotadas e as características exigidas atualmente pelos tribunais e sistemas de proteção aos Direitos Humanos em voga.

Direitos Humanos – Dispositivos Legais Questionados

Conforme dissemos, o sistema universal da ONU e os sistemas regionais interamericano e europeu priorizaram a instituição de direitos e liberdades individuais – advindos da necessidade de promover uma “ótica liberal e individualista¹¹⁶” –, e mesmo a Carta africana, dotada de uma ótica mais coletiva, prevê estes direitos individuais. Dentre eles, abordaremos os direitos que serão objetos relevantes para o nosso trabalho, nomeadamente o direito à vida; o direito à integridade física e a proibição contra a tortura; o direito à vida privada; a liberdade de pensamento e religião; o direito à não discriminação; e o direito à saúde¹¹⁷.

À começar com o direito à vida, sua previsão pode ser encontrada no artigo 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos, 2º da Convenção, e 4º da Convenção Americana e da Carta Africana, com uma redação, via de regra, padronizada, garantindo que todos têm direito à vida sem que esta lhe seja tirada de forma arbitrária, sendo que existem algumas diferenças socioculturais entre os sistemas regionais: no sistema interamericano, a proteção à vida está garantida desde a concepção¹¹⁸, por exemplo, enquanto na Declaração da ONU, na Convenção e na Carta Africana não existe esta distinção.

¹¹⁶ Piovesan, “*Direitos Humanos...*”, p. 234.

¹¹⁷ Mesmo que o direito à saúde seja *expressamente* referenciado como um Direito Humano por instrumento jurídico constituinte de um sistema de proteção apenas na Carta Africana, ainda se faz relevante para o nosso objetivo final e, por isso, abordaremos seus pormenores nesta seção para que possamos dar-lhe a devida atenção.

¹¹⁸ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 4º, 1.

“Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal¹¹⁹”.

No todo, temos um direito que exige dos Estados a obrigação de agir de forma a proteger a vida dos cidadãos, e de não agir de forma a não violar, ele próprio, este direito, visto ser um direito que, respeitado, garante o gozo dos demais Direitos Humanos e, quando de sua violação, deve ter o violador punido¹²⁰. Não é um direito que prevê qualquer ação ou omissão específica, qualquer que seja o instrumento, por parte dos Estados contratantes, mas um direito que exige que a vida seja priorizada e respeitada. Entretanto, não é razoável exigir que a lei preveja toda e qualquer proteção da vida, apenas que preveja uma proteção mínima a ser promovida pelos Estados¹²¹. Esse mínimo exigido baseia-se no fato de que não se protege, efetivamente, *a vida*, mas o *direito à vida*¹²². Respeitado o mínimo¹²³, os Estados podem promover leis que expandam a proteção deste direito.

No seguimento, temos o direito à integridade física – ou a proibição da tortura –, cuja previsão encontra-se nos artigos 5º (ONU e Convenção Americana), 3º (Convenção), e 4º (Carta Africana). Estes artigos proíbem, explicitamente, a tortura e a violação da pessoa humana, além de proibir o uso de tratamentos desumanos e degradantes.

“Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante¹²⁴”.

Esta proibição, de acordo com Antonio Cassese, pode ser difícil de ser interpretada, uma vez que a definição de “tratamentos desumanos e degradantes” pode ser diferente em diversos lugares, e não há, nos instrumentos legais, uma previsão específica e explícita de

¹¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 3º.

¹²⁰ OPSAHL, Torkel. *The Right to Life*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 208.

¹²¹ *Id.*, p. 209.

¹²² FAWCETT, J. E. S. *The application of the European convention on human rights*. 2ª ed. [s. l.]: Clarendon Press, 1987, pp. 34 e ss. O autor discute que o *direito à vida* engloba, minimamente, a continuação da vida, e que o Estado deve se abster de privar, arbitrariamente, alguém da própria vida (p.36).

¹²³ De acordo com Torkel Opsahl em “*Right to Life*” pp. 211-213, o direito à vida, via de regra, diz respeito à vigilância do Estado para casos de desaparecimento de pessoas em condições misteriosas, ou para mortes suspeitas e violentas, podendo ou não envolver o aparato estatal. Ainda, Opsahl fala que essa proteção ao direito à vida pressupõe a criação de leis que punam toda a forma de “unlawfull killings”.

¹²⁴ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 5º.

suas características¹²⁵. Ainda segundo Cassese, especificamente no que diz respeito à atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a prática mostra que a interpretação destes termos tem sido feita sempre de forma expansiva, de modo a ser o mais abrangente possível quanto às possibilidades de tratamentos desumanos e degradantes, determinando em quais áreas este artigo deveria ser, *a priori*, aplicado, e, então, estabelecendo os critérios que ensejariam sua violação¹²⁶.

No que tange a definição de “tortura” e de “tratamento desumano e degradante”, não foi apenas a Convenção que se isentou e não forneceu explicitamente suas características: tanto na *Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 1975, quanto na *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 1984, apenas encontramos a definição do que é, de fato, a tortura, sem que faça qualquer determinação sobre os requisitos que devem ser considerados para que se determine que um tratamento foi “desumano ou degradante”. Tem-se apenas que a tortura é uma forma mais grave e elevada destes tipos de tratamentos.

A princípio, os referidos artigos dos instrumentos universais e regionais de proteção aos Direitos Humanos eram aplicados, exclusivamente, aos casos que abordavam as condições de encarceramento daqueles que haviam cometido delitos em seus respectivos Estados, sendo que houve uma interpretação gradual e expansiva por parte dos órgãos responsáveis – especificamente, aqui, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mais uma vez por se tratar de nossa realidade mais próxima – que passaram a aplicar o artigo referente à proibição da tortura e o direito à integridade física quando os casos concretos, além de envolverem o encarceramento daqueles que cometeram delitos, também envolviam a deportação de pessoas, discriminação racial, e tratamentos dispensados em estabelecimentos de ensino¹²⁷.

Neste ínterim, e ainda de acordo com Cassese, dois principais critérios perfazem as características necessárias para que uma forma de tratamento seja considerada desumana ou

¹²⁵ CASSESE, Antonio. *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 225.

¹²⁶ Id., p. 228.

¹²⁷ Id., p. 229.

degradante: a intenção de causar mal à pessoa; e um sofrimento severo, seja ele físico ou psicológico¹²⁸, devendo cada caso em que se alegue a violação deste direito ser analisado individualmente para que se possa aferir se as condições se aplicam. Ainda segundo Cassese, o intento não é indispensável, pois uma pessoa pode ser submetida a um tratamento desumano ou degradante sem que aquele que provocou tal situação tenha a intenção de fazê-lo. Entretanto, o sofrimento severo se faz sempre necessário.

No que diz respeito ao direito à vida privada, encontramos sua previsão explícita nos artigos 12º (ONU), 8º (Convenção), e 11º, 2 (Convenção Americana).

“Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques¹²⁹”.

A Carta Africana não traz uma menção à liberdade da vida privada, mas uma proteção especificamente da família, em seu artigo 18º, incumbindo tanto à sociedade quanto aos Estados o dever de protegê-la, visto que este é considerado um elemento base para a formação e manutenção da sociedade.

Trata-se de um direito que, além de exigir a abstenção do Estado – ou seja, o não agir, a não interferência do Estado com este direito –, também exige que os Estados adotem medidas positivas a fim de evitar que outros indivíduos acabem por realizar esta interferência¹³⁰. Segundo Gérard Cohen-Jonathan, a interpretação que tem sido dada aos termos “vida privada” e “respeito” reflete a evolução dos conceitos morais, científicos e técnicos da sociedade, além das necessidades desta última¹³¹. Ainda, a noção de vida privada abrangeria tudo que estivesse relacionado com “a saúde pessoal, crenças filosóficas, religiosas e morais, a vida familiar e emocional, amizades e, com reservas, a vida profissional e material¹³²”, não sendo um conceito restrito apenas aos aspectos “ocultos” da vida de um

¹²⁸ Id.

¹²⁹ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 12º.

¹³⁰ COHEN-JONATHAN, Gérard. *Respect for Private and Family Life*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993., p. 405.

¹³¹ Id., p. 406.

¹³² Id., p. 407. Tradução nossa.

indivíduo, nem mesmo um conceito que garante que todas as ações tomadas pelo indivíduo o serão em particular, em segredo.

Mesmo que esteja, de certa forma, inserido dentro do âmbito de aplicação do direito à vida privada e familiar, o direito à liberdade de crença e religião ganha previsão própria nos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos, estando abrangido pelos artigos 18º (ONU), 9º (Convenção), 12º (Convenção Americana), e 8º (Carta Africana), sendo permitido a todas as pessoas a profissão, o culto, o ensino e a crença em quaisquer religiões que escolherem.

“Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular¹³³”.

Ainda, dentro da Convenção Americana e da Convenção Europeia de Direitos Humanos – nesta, especificamente, no artigo 2º do Protocolo nº 1 –, consta a possibilidade dos pais ou tutores de escolherem se e quando educar seus filhos de acordo com os dogmas e as convicções da religião na qual acreditam. Neste sentido, o termo “convicções” atribui um caráter extremamente expansivo¹³⁴ – podendo, até mesmo, tornar-se potencialmente problemático, visto que certas convicções podem exceder ou contrariar fatos cientificamente comprovados¹³⁵ –, e contempla a possibilidade de pais e tutores ensinarem suas próprias concepções da vida em si¹³⁶, respaldando no direito à liberdade de crença e religião. Estas convicções podem, inclusive, contemplar temas como transfusão de sangue, vacinação, modificações corporais e vestimentas.

No que diz respeito ao direito à saúde como um Direito Humano, o único instrumento, destes que abordamos, que o inclui direta e explicitamente, quando da sua elaboração, no rol de Direitos Humanos que devem ser assegurados e protegidos, é o sistema

¹³³ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 18º.

¹³⁴ SHAW, Malcolm N. *Freedom of Thought, Conscience and Religion*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 450.

¹³⁵ Podemos utilizar, aqui, grupos convictos de que a Terra é plana, ou mesmo a ideia de que o planeta teria apenas 6 mil anos.

¹³⁶ Malcolm N. Shaw, em “*Freedom of Thought...*”, p. 449.

africano, no artigo 16º da Carta Africana, incluindo não apenas a saúde física como, também, a psíquica.

“Toda pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir¹³⁷”.

A ONU, quando da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, ignora o *direito à saúde* especificamente, uma vez que, como vimos, este não estava incluído no rol de direitos priorizados pelos Estados envolvidos. Entretanto, apesar do *direito à saúde* não estar explícito, a saúde em si é mencionada no artigo 25º da DUDH – que, em seu texto legal, determina que “*todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar...*” – bem como no artigo 55º da Carta das Nações Unidas e, posteriormente, a ONU faz sua inclusão no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, enquanto o sistema regional europeu – apesar de mencionar a proteção da saúde em diversos artigos da Convenção como forma de limitação de direitos, conforme veremos oportunamente –, faz a inclusão específica do direito à saúde como um Direito Humano na Carta Social Europeia de 1961, e o sistema americano o introduz no Protocolo da San Salvador, em 1988.

Apesar de não perfazer o rol original de Direitos Humanos da Convenção Europeia da Convenção Americana, a proteção à saúde, como mencionamos, é apontada como uma justificativa plausível para a limitação de alguns direitos previstos nos instrumentos e, portanto, não podemos dizer que se trata de um direito totalmente excluído da apreciação original dos sistemas de proteção de Direitos Humanos – permitindo aos Estados, antes da adoção do direito à saúde como um Direito Humano, que se abstivessem de adotar políticas que efetivamente garantissem a saúde de seus indivíduos, mas obrigando-os a implementar medidas e adotar ações que protegessem a saúde de sua população como um todo.

O direito à saúde pode exigir a realização e o respeito de diversos outros direitos, conforme nos ensinam Kovalchuk, Melnychenko, Marysyuk, Slotvinska e Mykhailo, tais quais o direito à informação e ao consentimento informado, o direito à vida e mesmo ao ambiente¹³⁸, não estando sujeito apenas a um sistema de saúde público, portanto, apesar de

¹³⁷ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 16º.

¹³⁸ KOVALCHUK, V. B. et al. *Right to Health in the Decisions of the European Court of Human Rights. Informatologia*, [s. l.], v. 55, n. 1/2, p. 14–26, 2022.

ser um componente, a nosso ver, fundamental para a manutenção e a proteção da saúde – tanto individual quanto coletiva –, estando a qualidade destes sistemas diretamente relacionada com o nível de saúde nos Estados¹³⁹.

Por fim, no que diz respeito ao direito à não-discriminação – ou à proibição da discriminação –, encontramos sua previsão em todos os instrumentos de proteção de Direitos Humanos, sejam eles universais ou regionais. Presente, de forma específica, nos artigos 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo 14º e no Protocolo 12º da Convenção Europeia, no artigo 24º da Convenção Americana, e no preâmbulo da Carta Africana, a proibição geral da discriminação também encontra-se inserida em diversos outros artigos destes instrumentos, a fim de reforçar a necessidade de promover relações de respeito e igualdade mútuas entre os povos e os cidadãos.

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação¹⁴⁰”.

A proibição da prática de discriminação que encontramos nos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos é feita de forma generalizada. Em alguns deles – como na Convenção Americana, na Declaração Universal, e na Carta Africana – a igualdade universal de todos perante a lei já se encontrava no texto legal desde a sua concepção, enquanto na Convenção Europeia – apesar da proibição geral estar presente no artigo 14º –, o princípio da igualdade universal foi inserido apenas em 2000, ante a implementação do Protocolo nº 12. Assim, expandiu-se a regra de não-discriminação para além, unicamente, dos artigos presentes na Convenção – como, *a priori*, era a interpretação¹⁴¹ feita antes da adoção do Protocolo nº 12 – e passa-se a ter, oficialmente, uma regra geral de proibição à discriminação e de garantia à igualdade perante a lei.

¹³⁹ Id., p. 22.

¹⁴⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 7º.

¹⁴¹ PARTSCH, Karl Josef. *Discrimination*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993., p. 572.

Entretanto, no que tange à proibição da discriminação e de interferência com os Direitos Humanos abordados, devemos ter sempre em consideração que estas são direcionadas às práticas discriminatórias arbitrárias e ilegais. Falaremos mais sobre o assunto oportunamente.

Conclusões da Seção

Destarte, podemos concluir que houve grande priorização, por parte dos Estados, em garantir a proteção dos direitos civis e políticos – direitos de primeira geração – mas que, gradualmente, houve uma evolução no pensamento destes mesmos Estados – bem como no pensamento do legislador –, que passou a aceitar e a incluir a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de segunda geração. Esta aceitação deve-se ao entendimento de que a proteção e garantia destes direitos de segunda geração é essencial para garantir o gozo dos direitos de primeira, e vice-versa.

O alastramento desta necessidade de proteger os Direitos Humanos de forma mais efetiva e mais abrangente – com a conseqüente garantia da dignidade humana – culmina na criação, para além do sistema universal de proteção de Direitos Humanos da ONU, dos sistemas regionais de proteção, além da inserção da proteção destes direitos nas legislações internas dos Estados – principalmente na forma de Direitos Fundamentais. Entretanto, mesmo com o caráter complementar destes sistemas de proteção, ainda assim houve uma visível abstenção na questão da adoção da proteção dos direitos sociais em seus documentos constituintes – em seus documentos “principais”, por assim dizer –, que fazem sua inserção apenas posteriormente – à exceção já mencionada do sistema africano que, ironicamente, a nosso ver, é o sistema com maiores falhas no que diz respeito ao acesso democratizado e universal por parte dos cidadãos que sentem ter seus direitos violados.

Visto o exposto e a fim de que possamos discutir, da melhor forma, o tema da *discriminação sanitária* que nos propusemos neste trabalho, abordaremos, em nossa próxima seção, o direito à saúde e o direito à não-discriminação como Direitos Humanos, de forma mais pormenorizada, a fim de que possamos entender como se dá a proteção e garantia destes direitos e se há, ou não, situações em que práticas discriminatórias são aceitas no plano jurídico.

III – Discriminação Sanitária: o Direito à Saúde e o Direito à Não-Discriminação

A fim de pavimentar nosso caminho por este trabalho, abordamos, até o momento, o surgimento e as características dos Direitos Humanos; os sistemas e instrumentos de proteção destes direitos, com suas semelhanças e diferenças, e, por fim, destacamos, inclusive, a redação de alguns artigos que foram – e são – alegadamente violados nos casos remetidos aos Tribunais de Direitos Humanos dos sistemas de proteção – inclusive e principalmente nos *case law* específicos que analisaremos em momento oportuno –, para que pudéssemos apreciar, de forma mais detalhada, suas previsões legais.

Nesta seção, para que possamos construir de forma ainda mais eficaz este caminho que nos propusemos, abordaremos os dois principais direitos envolvidos em nossa discussão nuclear acerca da *discriminação sanitária*: o direito à saúde e o direito à não-discriminação. Sabemos, entretanto, que já discutimos minimamente, de forma geral, estes dois direitos na seção anterior, mas acreditamos, de todo modo, ser necessário aprofundar nossa abordagem.

Direito à Saúde Como um Direito Humano

Começemos, portanto, com o direito à saúde. Como vimos, apesar do direito à saúde estar originalmente e *explicitamente* previsto como um Direito Humano apenas na Carta Africana – sendo posteriormente incluído, tanto no sistema universal quanto nos sistemas regionais, pelos demais instrumentos de proteção aos Direitos Humanos que foram sendo elaborados –, a questão da saúde *pública* é levantada por diversas vezes, principalmente – como já mencionamos e como veremos mais a fundo na próxima seção – como uma das possibilidades legalmente reconhecidas para limitação de outros direitos previstos nestes documentos¹⁴². A preocupação com a saúde pública não é, entretanto, recente, visto que mesmo em 1919, com a criação da Liga das Nações, os Estados membros se comprometem, dentre outras responsabilidades, a prevenir e controlar doenças¹⁴³, e, mais, o termo “saúde

¹⁴² GAUDÊNCIO, Ana Margarida. *Human Rights and Pandemic*. In: PEREIRA, A. G. D.; NEVES, M. do C. P.; LOUREIRO, J. C. *Responsibility for public health in the lusophone world: doing justice in and beyond the covid emergency*. [s. l.]: Instituto Jurídico, 2021, p. 15, fala que o artigo 25º, 1, da DUDH, deve ser considerado como o ponto de partida para a proteção do direito à saúde no plano internacional.

¹⁴³ O artigo 23º, 6, do Pacto da Sociedade das Nações traz “*Sob a reserva e em conformidade com às disposições das Convenções internacionais atualmente existentes ou que serão ulteriormente concluídas, os*

pública” pode ser encontrado em documentos pertencentes a sociedades ainda mais antigas, demonstrando sempre uma preocupação e um reconhecimento, por parte dos Estados, de sua obrigação em garantir a promover a saúde de sua população¹⁴⁴.

A principal questão que se levanta por alguns é se a saúde é ou não, efetivamente, um Direito Humano, devendo ser garantido e protegido, ou se é apenas um objetivo a ser alcançado. Há aqueles que afirmam que todos os direitos sociais, culturais e econômicos são apenas objetivos – visto seu dever de implementação “gradual” e “proporcional aos recursos dos Estados” –, enquanto os verdadeiros Direitos Humanos são apenas aqueles direitos considerados como de primeira geração – os direitos civis e políticos¹⁴⁵, de implementação imediata. Entretanto, neste aspecto, podemos lembrar os ensinamentos de Kovalchuk, Melnychenko, Marysyuk, Slotvinska e Mykhailo, que trouxemos em nossa segunda seção: o direito à saúde está diretamente relacionado aos demais direitos de primeira geração e, em especial, ao direito à vida, uma vez que a falta de saúde não possibilita, na pior das hipóteses, que um sujeito usufrua de seu direito à vida. Da mesma forma pensam Nakayama, Oliveira, Brito e Ventura¹⁴⁶ quando afirmam que “se liga [o direito humano à saúde] de forma incondicional ao direito à vida”, visão com a qual concordamos. Ainda, consideram que “o direito à saúde é fundamental para assegurar a própria existência humana”, constituindo “condição para a garantia do respeito à dignidade humana pelos Estados¹⁴⁷”.

Não nos cabe a tarefa de determinar, exatamente, em que momento o direito à saúde passa a ser considerado um Direito Humano; apenas se, efetivamente, ele é ou não caracterizado como tal. Já apontamos que, desde a fundação da Sociedade das Nações, o controle e prevenção de doenças foi levantado como um objetivo dos Estados contratantes.

membros da Sociedade [...] esforçar-se-ão por tomar medidas de ordem internacional afim de prevenir e combater moléstias”, enquanto o artigo 25º do mesmo documento diz “*Os membros da Sociedade comprometem-se a encorajar e favorecer o estabelecimento, e cooperação das organizações voluntárias nacionais da Cruz Vermelha, devidamente autorizadas, que tiveram por fim o melhoramento da saúde, a defesa preventiva contra moléstias e o alívio do sofrimento no mundo*” (grifo nosso). No documento em português a palavra “*diseases*”, presente no documento em inglês, foi traduzida para “*moléstias*”. Portanto, os Estados contratantes se comprometeram a “... *prevent and control diseases*” e a promover “... *the improvement of health, the prevention of disease...*”.

¹⁴⁴ TOEBES, B. C. A. *The right to health as a human right in international law*. [s. l.]: Intersentia, 1999., p. 8.

¹⁴⁵ Stanford Encyclopedia, “*Human Rights*”.

¹⁴⁶ NAKAYAMA, Bruna Tassia Souza et al. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação ao Direito Humano à Saúde*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia, [s. l.], v. 48, n. 1, p. 271–287, 2020, p. 275.

¹⁴⁷ Id.

Entretanto, também mencionamos, logo no começo do nosso trabalho, que a Sociedade das Nações se provou um fracasso. Também já dissemos que a ONU e os sistemas regionais – à exceção do sistema africano – incorporam o direito à saúde propriamente dito – de forma “dissociada”, se assim pudermos dizer, do direito à vida – posteriormente à elaboração de seus documentos constitutivos; é esta adoção, consideramos, o que de fato o coloca como um Direito Humano¹⁴⁸ propriamente dito e universalmente reconhecido como tal. Jónatas Machado e Vera Lúcia Raposo, ainda, afirmam que o direito à saúde como um Direito Humano, no decorrer da história, assume uma posição superior, preponderante em relação aos demais direitos¹⁴⁹ – fator que vinculamos à indissociabilidade do direito à saúde dos demais direitos protegidos. Neste aspecto, também podemos mencionar a Declaração de Alma-Ata, de 1978, em que, mais uma vez, a comunidade internacional reconhece o caráter essencial e fundamental do direito à saúde, além de, mais uma vez, explicitamente o apresentarem como um Direito Humano:

“A Conferência enfatiza que a saúde [...] é um direito humano fundamental [...]”¹⁵⁰

Ainda, faz-se necessário mencionar que não nos compete definir a terminologia do direito à saúde, o que é saúde¹⁵¹, ou se “direito de acesso à assistência médica” (health care) seria um termo mais apropriado – apesar de autores como Brigit Toebes afirmarem que esta assistência médica já estaria abrangida pelo próprio direito à saúde.

Tampouco objetivamos definir o escopo de aplicação e a abrangência do direito à saúde como um todo, como se dá sua aceitação e aplicação seja nos Estados, seja a nível internacional, ou mesmo sua promoção e defesa em face dos indivíduos – este seria um trabalho muito longo e distante de nossa proposta original¹⁵². Entretanto precisamos, pelo menos de forma rasa – mas efetiva –, abordar a abrangência do direito à saúde de forma coletiva, uma vez que precisamos entender o que está incluído e exigido na determinação de

¹⁴⁸ Para mais sobre a inserção do direito à saúde dentro do universo do Direito Internacional Público, *cf.* TOEBES, B. C. A. *International health law: an emerging field of public international law*. *Indian Journal of International Law*, vol. 55, nº 3, p. 299-328, abr. 2016.

¹⁴⁹ MACHADO, J.; RAPOSO, V. L. *Direito à saúde e qualidade dos medicamentos: proteção dos dados de ensaios clínicos numa perspectiva de direito brasileiro, comparado e internacional*. [s. l.]: Almedina, 2010, p. 11.

¹⁵⁰ Declaração de Alma-Ata de 1978, I.

¹⁵¹ Brigit Toebes, em “*The Right to Health...*”, p. 21.

¹⁵² Para adentrar mais a fundo neste assunto, sugerimos Brigit Toebes em “*The Right to Health...*”.

proteção à saúde pública e se – aceitando-se a condição do direito à saúde como um Direito Humano – sua proteção justifica a limitação e restrição de outros direitos elencados nos instrumentos internacionais de proteção à esta categoria de direitos.

Assim, perguntamos: o que engloba o direito à saúde na esfera pública? Os Estados estão obrigados a proporcionar as melhores condições de saúde possíveis, o melhor sistema público de saúde, todos os medicamentos, todas as condições necessárias para que seus cidadãos *sejam e estejam* saudáveis a todo momento? Ora, essas exigências não seriam plausíveis e, como bem vimos anteriormente, por se tratar de um direito dentro do rol de direitos sociais, econômicos e culturais, a efetivação do direito à saúde impôs-se de forma gradual para os Estados, dentro de seus limites econômicos e dentro das condições de cada nação¹⁵³. Ainda, cada Estado incorporou o direito à saúde em suas respectivas Constituições – de forma mais ou menos abrangente – conforme consideraram dentro de suas respectivas capacidades: alguns, de forma independente, garantindo o direito de acesso gratuito aos tratamentos de saúde, e, outros, de forma ainda inteiramente associada a outros direitos, garantindo, por exemplo, o direito à vida em suas Cartas Magnas¹⁵⁴.

Não obstante o direito à saúde ser um Direito Humano de implementação gradual e dentro das possibilidades de cada Estado, permanece a pergunta de como esse direito deve ser garantido e em que “quantidade”; afinal, considerando que há a previsão para que seja implementado gradualmente – significando, a nosso ver, que esta abrangência deve ser sempre maior, sem nunca retroagir –, pressupõe-se que exista um “mínimo”. Qual é, entretanto, o “mínimo”? Para isso, aquela que consideramos a melhor forma de definir este “mínimo” é remetendo aos instrumentos de Direitos Humanos que preveem a proteção e garantia do direito à saúde para que possamos encontrar um “common ground”, as similitudes entre esses instrumentos no que tange a proteção da saúde pública que – dadas as diferenças de abrangência, inclusão e garantias que permeiam os textos legais – poderíamos, então, considerar como o “mínimo”.

¹⁵³ Brigit Toebes aponta que essa característica progressiva está diretamente relacionada ao aspecto *positivo* do direito à saúde, que exige que os Estados implementem, ativamente, medidas para garanti-lo, gerando um conseqüente gasto estatal elevado. Ainda, a forma vaga pela qual se apresenta e se impõe o direito à saúde também causaria essa reticência Estatal. “*The Right to Health...*”, p. 6.

¹⁵⁴ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 39, e Brigit Toebes, em “*The Right to Health...*”, pp. 260 e ss.

Já vimos que a saúde é mencionada com fator de preocupação internacional na Carta das Nações Unidas e na DUDH e que o direito à saúde é oficialmente inserido no âmbito internacional de proteção dos Direitos Humanos com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – neste ponto, inclusive, devemos citar Thérèse Murphy¹⁵⁵, que considera que o direito à saúde já se consagra como Direito Humano na Carta das Nações Unidas, posicionamento com o qual discordamos, visto que buscamos a normatividade e exigibilidade jurídica plena deste direito – sendo posteriormente referenciado como tal, mais uma vez, pela Declaração de Alma-Ata. Assim, dada a referida característica que buscamos para entender esta categorização do direito à saúde como um Direito Humano, entendemos que o primeiro instrumento¹⁵⁶ a fazer referência ao *direito* à saúde seria a Constituição da Organização Mundial da Saúde¹⁵⁷ (OMS), de 1946, que, em seu artigo 1º, determina que seu objetivo é fazer com que todos os povos consigam adquirir o mais elevado nível de saúde possível¹⁵⁸ e estabelece, logo em seguida, as funções da Organização – que, dentre os vinte e dois itens elencados, inclui o aperfeiçoamento dos trabalhos voltados para a eliminação de doenças infecciosas¹⁵⁹.

No seguimento da adoção da Constituição da OMS, o sistema universal adota o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual o texto da OMS se repete, vinculando, mais uma vez, os Estados que o ratificaram a garantir “as melhores condições possíveis de saúde física e mental¹⁶⁰”, reiterando, dentre as medidas estipuladas, a prevenção, o controle e o combate às doenças¹⁶¹. O texto encontrado na Constituição da OMS mimica-se, da mesma forma, quando analisamos o Protocolo de San Salvador¹⁶², no

¹⁵⁵ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 25.

¹⁵⁶ Brigit Toebes, “*The Right to Health...*”, p. 33.

¹⁵⁷ A Constituição da OMS é vinculante para os Estados contratantes e é reconhecida, como as demais constituições de organizações internacionais, como um tratado multilateral, conforme estipulado pela Convenção de Viena de 1986.

¹⁵⁸ Constituição da Organização Mundial da Saúde, artigo 1º, “*O objetivo da Organização Mundial da Saúde (daqui em diante denominada Organização) será a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível*”.

¹⁵⁹ Id., artigo 2º, g: “*Para conseguir o seu objetivo, as funções da Organização serão [...] Estimular e aperfeiçoar os trabalhos para eliminar doenças epidêmicas, endêmicas e outras*”.

¹⁶⁰ Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 12º, caput.

¹⁶¹ Id., artigo 12º, c: “*A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas*”.

¹⁶² Protocolo de San Salvador, artigo 10º, 1: “*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”; e 2, c: “*Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: [...] La total inmunización contra las principales*

sistema regional interamericano; na Carta Social Europeia¹⁶³, no sistema regional europeu; e, como já mencionamos anteriormente, na Carta Africana de Direitos Humanos¹⁶⁴, no sistema regional africano.

Neste íterim, no que tange à *prática* sobre a proteção do direito à saúde nos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, precisamos salientar que os tribunais nacionais – e, posteriormente, os tribunais dos sistemas regionais – exercem uma atividade essencial, haja visto que são as primeiras vias acionadas quando da constatação da violação deste direito. No sistema interamericano, como vimos, a proteção regional do direito à saúde é adotada apenas com o Protocolo de San Salvador e, segundo Nakayama, Oliveira, Brito e Ventura, a adoção desta proteção decorre por conta da evolução promovida pelos direitos fundamentais¹⁶⁵, representando, assim, uma influência do direito interno passada para o Direito Internacional que, desde 2004, tem gerado frutos no sistema interamericano, uma vez que a CIDH tem proferido jurisprudências afirmando a necessidade de se proteger e garantir a saúde dos indivíduos, seja de forma direta ou indireta – sendo esta última através da proteção de outros direitos, como o direito à vida e à integridade física¹⁶⁶. O direito à saúde é, portanto, “o ponto de partida e de equilíbrio para todos os outros direito civis, políticos e sociais¹⁶⁷”, posição com a qual o legislador – nacional e internacional –

enfermedades infecciosas”. Ainda, o mesmo artigo, em seu inciso 2º e nas alíneas subsequentes, apresenta um rol de medidas que devem ser adotadas pelos Estados a fim de que o direito à saúde seja efetivamente garantido, constando, dentre elas: a educação sanitária (‘e’); o acesso ao sistema de saúde por todos os cidadãos (‘b’); a imunização contra as principais doenças infecciosas (‘c’); e a prevenção e o tratamento contra doenças (‘d’)

¹⁶³ Carta Social Europeia (CSE), Parte I, 11: “*As Partes reconhecem como objectivo de uma política que prosseguirão por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efectivo dos direitos e princípios seguintes: [...] Todas as pessoas têm o direito de beneficiar de todas as medidas que lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possam atingir*”; e artigo 11º, 3: “*Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à protecção da saúde, as Partes comprometem-se a tomar, quer directamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, medidas apropriadas tendentes, nomeadamente: [...] A prevenir, na medida do possível, as doenças epidémicas, endémicas e outras, assim como os acidentes*”.

¹⁶⁴ Carta Africana de Direitos Humanos, artigo 16º, 1 e 2: “*Toda pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir*”; “*Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a tomar as medidas necessárias para proteger a saúde das suas populações e para assegurar-lhes assistência médica em caso de doença*”.

¹⁶⁵ Nakayama et al, em “*A Corte Interamericana de Direitos Humanos...*”, p. 275.

¹⁶⁶ Para mais, *cfr.* ROBLES, M. Y. *El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014) / The right to health in the case law of the Inter-American Court of Human Rights (2004-2014)*. Cuestiones constitucionales, [s. l.], n. 35, p. 199–246, 2016..

¹⁶⁷ DAROIT, Ana Paula; MAAS, Rosana Helena. *A proteção interamericana do direito humano e social à saúde*. *Revista de Direito Sanitário*, [s. l.], v. 20, n. 1, 2019., p. 15.

aparentemente concorda, visto a implementação da proteção da saúde pública em diversos instrumentos jurídicos e, mais, a reiteração desse posicionamento pela CIDH:

“A Corte estabeleceu **que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos**. Todo ser humano tem direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde, que lhe permita viver dignamente, [...]. **A obrigação geral se traduz no dever estatal de garantir o acesso das pessoas a serviços essenciais de saúde, assegurando uma assistência médica de qualidade e eficaz, bem como de impulsionar o melhoramento das condições de saúde da população**¹⁶⁸” (grifos nossos).

Ainda, este posicionamento da indivisibilidade e indissociabilidade dos direitos também pode ser retirado da interpretação do artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos em conjunto com a jurisprudência do TEDH que, além de garantir o direito à vida, exige que os Estados adotem as medidas necessárias para evitar que a vida de seus cidadãos seja colocada em risco:

“In this connection, the Court considers that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State **not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life**, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction [...] It has not been suggested that the respondent State intentionally sought to deprive the applicant of her life. The Court’s task is, therefore, to determine whether, given the circumstances of the case, **the State did all that could have been required of it to prevent the applicant’s life from being avoidably put at risk**¹⁶⁹” (grifos nossos).

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório Anual de 2018*, p. 141. É neste mesmo relatório, inclusive, que a CIDH mostra que passou a abordar o direito à saúde como um direito autônomo, sem haver mais a necessidade deste direito estar relacionado com outros, garantindo uma proteção, agora, direta.

¹⁶⁹ *Case of LCB v. The United Kingdom*, §36. Apesar da decisão deste caso referir à proteção da saúde de um indivíduo particular, a mesma interpretação é aplicada em relação à saúde pública, conforme ficou estabelecido pelo Tribunal em 2002 em *Case of Calvelli and Ciglio v. Italy*, §49: “*Those principles apply in the public-health sphere too*”. Ainda neste aspecto de indissociabilidade, temos o *Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (§165), em que o Tribunal reitera que o direito à saúde não faz parte do rol de direitos previstos e protegidos pela Convenção, especificamente, mas que os Estados devem proteger o direito à vida, atrelando a proteção de um direito à proteção do outro.

No mais – e ainda dentro do sistema regional europeu –, a saúde pública – e sua consequente proteção através, inclusive, de políticas que promovam a erradicação e prevenção de doenças – aparece, também, no próprio Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu artigo 168º (antigo Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, ou TCE) – instrumento este absolutamente essencial e que estabelece a base constitucional para a União Europeia –, incluindo não apenas as ações e medidas preventivas, como, também, a promoção de medidas educativas através da ação da União e cooperação entre os Estados:

“Na definição e execução de todas as políticas e ações da União será **assegurado um elevado nível de proteção da saúde**.

A ação da União, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na **melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças** e afeções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde física e mental. Esta ação abrangerá a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respetivas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como a informação e a educação sanitária e a vigilância das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, o alerta em caso de tais ameaças e o combate contra as mesmas¹⁷⁰”

Neste quesito de proteção à saúde pública, Toebes¹⁷¹ considera a prevenção e proteção contra a disseminação de doenças infecciosas como medidas preventivas de assistência médica e aponta que, juntamente com o “cuidado médico”, estão plasmadas em todos¹⁷² os instrumentos internacionais que conferem à saúde o status de Direito Humano universal digno de proteção; enquanto o direito ao “health care” e o direito à saúde em si estão distribuídos sem uniformidade, de forma vaga, muito ou pouco abrangentes, esta proteção preventiva – que, diga-se de passagem, inclui a vacinação – é uniforme e

¹⁷⁰ Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, artigo 168º, 1.

¹⁷¹ Brigit Toebes, em “*The Right to Health...*”, p. 245.

¹⁷² Em seu texto, Toebes também aponta que existem outras semelhanças entre estes instrumentos de proteção que abordam o direito à saúde. Entretanto, nenhuma destas semelhanças – a assistência médica primária, infantil, auxílio ao planejamento familiar ou serviços de tratamento para a saúde mental – estão presentes em *todos* os instrumentos; esta particularidade só ocorre com o tratamento preventivo e a previsão de acesso ao tratamento médico.

universalmente aceita¹⁷³. Quando juntamos a isto o fato de que a universalidade dos instrumentos internacionais e regionais de proteção dos Direitos Humanos incluem a proteção da saúde *pública* como condição legalmente aceitável de limitação de direitos – conforme veremos oportunamente –, temos um consenso e, acreditamos, o nosso “mínimo” de proteção à saúde.

Toebes vai além e afirma que a imunização contra doenças infecciosas, para além de ser o “mínimo” que deve ser atingido pelos Estados, é um conteúdo central (“core content”) dos Direitos Humanos como um todo¹⁷⁴ que deveria – dado o consenso internacional – ser efetivamente *implementado* pelos Estados no âmbito interno como proteção mínima garantida¹⁷⁵. Murphy concorda com esta posição, apontando que a consequente obrigação ante esse consenso envolve o fornecimento de medicamentos e tratamentos voltados para o combate de doenças que possam colocar em risco a população como um todo¹⁷⁶, afirmando, ainda, que “apenas” o tratamento não seria, de todo, suficiente, sendo necessário investir, também, em práticas preventivas para que o consequente tratamento torne-se desnecessário¹⁷⁷. Entretanto, Murphy ainda complementa afirmando que estas medidas sanitárias de proteção à saúde pública devem ser implementadas sempre de forma a se fazer respeitar e valer os demais Direitos Humanos¹⁷⁸.

Uma vez definido o mínimo – a proteção da saúde pública e, principalmente, a proteção contra a disseminação de doenças infecciosas – devemos, agora, entender como esta proteção deve ser feita para que os Estados cumpram com o dever e a responsabilidade de proteger suas populações.

Primeiro, cumpre indicar que a proteção da saúde pública é priorizada – ao menos segundo nosso entendimento – por conta da sua relação direta com a segurança pública¹⁷⁹ e o bom funcionamento do Estado. Não é possível que exista um sem o outro – da mesma

¹⁷³ Entretanto, não há consenso e nem mesmo uniformidade na consideração de quais doenças devem receber estas medidas preventivas. B. Toebes (“*Right to Health...*”, p. 250) fala que os Estados acabam tendo liberdade para priorizar o que for mais relevante em seus respectivos territórios.

¹⁷⁴ B. Toebes, em “*Right to Health...*”, pp. 284 e ss., e, em especial, p. 289.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 348.

¹⁷⁶ Thérèse Murphy, “*Health and Human Rights*”, p. 31.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 35. O exemplo utilizado de forma mais recorrente pela autora é o vírus da HIV: se houver investimento em métodos preventivos – quaisquer que sejam eles –, a disseminação do vírus diminui, assim como o investimento necessário para o tratamento, ensejando em uma economia financeira para o Estado.

¹⁷⁸ *Id.*, p. 64.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 59.

forma, coincidentemente, em que não consideramos ser possível garantir o direito à vida sem que se garanta o direito à saúde.

Assim sendo, os Estados têm a obrigação de garantir a proteção e a segurança da saúde pública que, segundo o Relatório de Saúde Global de 2007, feito pela OMS, pode ser definida como “as atividades necessárias, tanto de forma ativa e reativa, para minimizar a vulnerabilidade aos eventos de saúde pública graves que coloquem em risco a saúde coletiva das populações nacionais¹⁸⁰”. Para este feito, a melhor profilaxia encontrada no decorrer da história foi a aplicação de vacinas na população junto com os melhores métodos para contenção efetiva dos doentes, práticas possibilitadas por conta da evolução científica¹⁸¹.

A questão, portanto, de como os Estados devem agir e do que deveriam garantir, deveria ser simples: providenciar medidas de quarentena e vacinação eficientes, de forma universal, a fim de conter e prevenir a disseminação de doenças que podem afetar a saúde pública de forma generalizada protegendo, assim, suas respectivas populações e, conseqüentemente, a comunidade global, garantindo o bem-estar de todos; afinal, Brigit Toebes afirma que os Estados, de maneira geral, reconhecem sua obrigação de proteger a saúde – principalmente quando implementam este direito em seus ordenamentos internos – reconhecendo, conseqüentemente, a necessidade de cooperação internacional para cumprir com esta obrigação¹⁸². Apesar disso, não é o que ocorre na prática, uma vez que diversos fatores acabam influenciando as ações dos Estados, e inúmeras dificuldades – especificamente no que diz respeito ao atual cenário pandêmico – emergem; dificuldades estas que acabam dificultando a vacinação em massa¹⁸³.

No mais, é preciso apontar que, mesmo ante a obrigação que os Estados têm de implementar e difundir medidas de acesso e de proteção ao direito à saúde, existe a

¹⁸⁰ WHO. *The World Health Report 2007: A Safer Future: Global Public Health Security in the 21st Century*. Geneva: WHO Press, 2007.: “Public health security is defined as the activities required, both proactive and reactive, to minimize vulnerability to acute public health events that endanger the collective health of national populations”, p. 1.

¹⁸¹ Id., “With time, scientific knowledge evolved, containment measures became more sophisticated and some infectious disease outbreaks were gradually brought under control with improved sanitation and the discovery of vaccines”.

¹⁸² Brigit Toebes, em “*The Right to Health...*”, p. 83.

¹⁸³ Sobre o assunto, *cf.* FORMAN, L.; KOHLER, J. C. *Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy*. JOURNAL OF HUMAN RIGHTS, [s. l.], v. 19, n. 5, p. 547–556, 2020.

determinação – trazida pela Convenção de OVIEDO¹⁸⁴ – de que quaisquer tratamentos médicos existentes devem, antes que possam ser ministrados às pessoas, ser aceitos por aqueles a quem se destinam – estando esta aceitação vinculada à informação que deve ser transmitida para aquele que busca o tratamento. A mesma condição é reiterada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2009¹⁸⁵. O consentimento informado, portanto, é essencial para que quaisquer tratamentos médicos sejam administrados¹⁸⁶.

Ora, não obstante a existência de instrumentos juridicamente vinculantes e jurisprudências – nacionais e internacionais – que garantem a proteção da saúde pública e impõem – de forma generalizada – a necessidade e a responsabilidade dos Estados em impedir a disseminação e o contágio por doenças infecciosas – além de preverem a cooperação internacional entre os Estados para impedir que esta disseminação ocorra para fora dos limites territoriais de cada um –, ainda assim, em tempos recentes, diversos episódios epidemiológicos aconteceram, a começar com a SARS, em 2003, seguido da H1N1, em 2009¹⁸⁷, e, atualmente, com a epidemia da SARS COVID-19, sendo que cada um destes episódios teve resultados gradualmente piores, no âmbito internacional, do que o anterior.

A ocorrência da SARS em 2003 e da H1N1 em 2009 – situações em que houve a implementação de quarentenas, a limitação de direitos e a administração de vacinas – já deveria ter deixado a comunidade global mais preparada para enfrentar possíveis novos episódios epidemiológicos – visto que, mesmo em 2004, depois da ocorrência da SARS, foi afirmado pela comunidade internacional que a cooperação interestatal e as medidas de contenção foram essenciais para mitigar a disseminação da doença e que, ao não agir de

¹⁸⁴ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 1997.

¹⁸⁵ UN DOC A/64/272, “*Right of Everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*”, Seção B, §13.

¹⁸⁶ Convenção de OVIEDO, artigo 5º: “*Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento*”. Para mais, *cfr.* RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*. Disponível em <https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf>.

¹⁸⁷ *Cfr.* Thérèse Murphy, “*Health and Human Rights*”, p. 60 e ss., em que a autora aponta, de forma resumida, as consequências e as fatalidades decorrentes da SARS 2003.

forma isolada, os Estados garantiram uma contenção mais rápida do vírus¹⁸⁸. Ainda, reiterou-se a importância da quarentena em possíveis novos casos de doenças infecciosas¹⁸⁹. Por que, então, novas epidemias e pandemias não são facilmente controladas?

O obstáculo – social e jurídico – apresenta-se com a garantia – e a priorização – dos demais direitos garantidos pelos instrumentos internacionais de Direitos Humanos – nomeadamente os já mencionados direitos de primeira geração; os direitos e liberdades individuais. Conforme veremos em nossa última seção ao abordarmos os *case law* do TEDH, a implementação de medidas de contenção da COVID-19 foi amplamente questionada em matéria de Direitos Humanos por restringirem direitos considerados – pelas partes afetadas – como essenciais, fundamentais e inalienáveis que, evidentemente – segundo esta linha de raciocínio – não podem ser limitados. Brigit Toebes fala sobre este consequente e inevitável conflito de direitos¹⁹⁰ proveniente da necessidade de se proteger a saúde dos indivíduos que, no mais das vezes, exigirá do legislador e do judiciário a discricionariedade em escolher quais direitos limitar. Entretanto, falaremos sobre a limitação de direitos na próxima seção.

Direito à Não-Discriminação Como Um Direito Humano

Explicado o direito à saúde como um Direito Humano – e, principalmente, a previsão e a necessidade de proteção da saúde pública –, seguimos para o direito à não-discriminação – ou a proibição generalizada à discriminação.

Igualdade formal, ao nosso ver, é o princípio basilar do direito e, principalmente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em todos os instrumentos jurídicos universais e regionais de proteção aos Direitos Humanos, a proibição da discriminação de forma arbitrária, sem respaldo legal, se faz presente, o que corrobora a ideia de que todas as pessoas são iguais perante a lei e devem ter iguais oportunidades e tratamentos. Entretanto, mesmo

¹⁸⁸ Assembleia Geral das Nações Unidas, UN DOC A/59/565, §51

¹⁸⁹ Id., §§70, 142 e 144.

¹⁹⁰ Brigit Toebes, em “*The Right to Health...*”, p. 273. A autora, a título de ilustração, utiliza como exemplo o caso de uma mulher Holandesa que fora violada e que promoveu uma ação judicial exigindo que seu violador fosse submetido a exames de sangue para aferir se ele era portador, ou não, do vírus da HIV. O homem afirmou que não o faria por respeito à sua integridade física, alegando que esta seria violada caso fosse obrigado a submeter-se aos exames de sangue. O Tribunal holandês precisou, então, decidir se o direito à integridade física poderia ser limitado. Entretanto, apesar da argumentação da autora não ter se baseado na proteção do direito à saúde em si, Toebes afirma que, caso o tivesse feito, a decisão do Tribunal – que determinou que os exames de sangue deveriam ser feitos – teria sido a mesma, dadas as características e a obrigação dos Estados em proteger a saúde de seus cidadãos.

com este princípio basilar, ainda existem aqueles que insistem em afirmar – como veremos nos casos apresentados posteriormente – que seus direitos – fundamentais ou humanos – estão sendo violados por conta de práticas discriminatórias injustificadas e ilegais.

Os Estados, no que tange às normas referentes à proibição geral da discriminação, devem considerar dois aspectos: primeiro, a proibição direta e generalizada conferida pelas normas nos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos sobre a discriminação arbitrária feita pelos próprios Estados, garantindo que todos devem receber tratamentos iguais perante a lei; e, segundo, a imposição de que estes Estados devem promover normas proibindo aos particulares e às instituições internas a prática destes mesmos atos discriminatórios arbitrários¹⁹¹.

O que seriam estes atos arbitrários e como a vacinação compulsória, especificamente, se relaciona com o direito à não-discriminação? Além disso, a alegação de que medidas punitivas – para aqueles que não cumprem com a vacinação compulsória – caracterizariam práticas discriminatórias e, conseqüentemente, violações de Direitos Humanos, é fundamentada? O direito à não-discriminação é um direito absoluto, ilimitado? Vejamos:

Podemos encontrar a previsão legal do direito à não-discriminação em *todos* os principais instrumentos internacionais e regionais de proteção de Direitos Humanos – nomeadamente no preâmbulo e nos artigos 1º, 2º e 7º da DUDH; no preâmbulo e nos artigos 18º (3) e 28º da Carta Africana; nos artigos 1º, 13º (5) e 24º da Convenção Americana; e no artigo 14º, além do Protocolo nº 12 da Convenção Europeia –, estando, também, consagrado em diversas Constituições dos Estados. Não é surpresa, dada a origem histórica destes instrumentos jurídicos universais e regionais de proteção aos Direitos Humanos, que a adoção de um princípio de igualdade perante a lei tenha sido concretizado por todos eles a fim de evitar repetições históricas.

Em nossa segunda seção, ao falarmos da efetiva proteção dos Direitos Humanos, utilizamos a transcrição do artigo 7º da DUDH, em que se impõe a igualdade entre os seres humanos e a proibição da discriminação. Os demais instrumentos seguem a mesma linha de imposição contra a discriminação, adotando uma proibição – como dissemos – generalizada

¹⁹¹ Stanford Encyclopedia, “*Human Rights*”, p. 2.

de práticas discriminatórias que obstem o aproveitamento de quaisquer direitos consagrados nos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos. Também mencionamos anteriormente, por diversas vezes, que a discriminação não pode ser arbitrária. Entretanto, o que, exatamente, significaria isso na prática legal?

Na prática – ao contrário do que se espera – esta proibição generalizada contra a discriminação gera diversos problemas para o sistema judiciário: há aqueles que afirmam que não existem práticas discriminatórias em função do sexo, por exemplo, uma vez que a discriminação é (quase) universalmente proibida¹⁹², não apenas pelas normas presentes nos instrumentos jurídicos internacionais, mas nos nacionais também. Sabemos, entretanto, que não é esta a realidade.

O que está efetivamente inserido, então, na proibição à discriminação?

Os principais instrumentos de proteção aos Direitos Humanos que vimos adotam um texto similar entre eles, que inclui 1) a igualdade formal – advinda dos ideais da revolução francesa, que pressupõe que todos são iguais e devem ser tratados de forma igual perante a lei –, ou o princípio da isonomia; e 2) a proibição da discriminação com base na cor, no sexo, no status social, na orientação sexual (mais recentemente), na religião, na opinião política, ou outros fatores que estão fora do controle da pessoa humana. Entretanto, mesmo com esta proibição geral à discriminação, existem práticas que podem ser – e são, ao menos por alguns indivíduos – consideradas como *discriminatórias* mas, para fins jurídicos, são lícitas e não violam o direito à não-discriminação – nomeadamente as políticas de quotas, a promoção de legislações que garantem proteções extras às mulheres (a lei Maria da Penha, no direito brasileiro, por exemplo), e, no que diz respeito ao nosso trabalho, as legislações aprovadas (a nível mundial) que impõem punições e restrições às pessoas que não se vacinaram. O que justifica a aceitação, pelo direito, destas medidas?

A justificativa se dá com a diferença entre igualdade formal e igualdade material¹⁹³ que, evidentemente, consideramos de suma importância salientar: a *igualdade formal*

¹⁹² BELEZA, Teresa Pizarro. *Gender Based Violence in Armed Conflicts: Women's Rights and International Law*. In: CARRIÇO, Alexandre (coord.); VIANA, Vitor Rodrigues (dir.). *Gender Violence in Armed Conflicts*. IDN – Instituto de Defesa Nacional, n° 11, p. 127-136, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, out. 2013., p. 127.

¹⁹³ Para mais no que tange ao princípio da igualdade, *cfr.* SOUSA, António Francisco. *O Princípio da Igualdade no Estado de Direito*. Revista de Estudos Jurídico-Políticos, n°13/16, p. 181-195, 2007.

decorre da imposição de que todas as pessoas, independentemente dos fatores, são iguais *perante a lei* à que estão sujeitos, ou seja, a lei juridicamente válida e vinculante dentro de um determinado território deve ser aplicada da mesma forma para toda e qualquer pessoa que está sob sua jurisdição¹⁹⁴. Destarte, tiramos de *igualdade material* a noção – que vem já desde Aristóteles – de que devem ser dadas condições às pessoas em situações diferenciadas para que possam ser tratadas com igualdade. Assim, duas pessoas que já se encontram em uma situação igualitária – que tenham as mesmas condições sociais – não podem ser tratadas de forma desigual – visto que são iguais –, enquanto pessoas que não estão em uma situação igualitária, podem, desde que de forma *justificada*. Neste mesmo sentido segue Thérèse Murphy quando afirma que, apesar de muitos considerarem que “igualdade” é sinônimo de “não-discriminação”, medidas discriminatórias baseadas em status são necessárias para garantir uma efetiva igualdade positiva¹⁹⁵. O direito à não-discriminação não é, assim, um direito ilimitado e absoluto.

Ora, a implementação, por parte do Estado, de medidas coercitivas e punitivas aplicadas às pessoas que se recusam em tomar vacina – seja a vacina para a COVID, seja a vacinação compulsória de crianças imposta pela Tchêquia, como veremos adiante – seria, então, passível de ser classificada como uma prática discriminatória? E, em caso positivo, seria uma prática discriminatória *justificada*?

O fato da limitação e restrição de direitos aos não vacinados serem ações discriminatórias por parte do poder público – que obrigou, inclusive, entidades privadas a remeterem seus empregados de volta às suas casas caso não tenham se vacinado, impedindo sua entrada nos locais de trabalho¹⁹⁶ – não é controverso: de fato são medidas discriminatórias, pois implementam ações diversas para pessoas em situações diferentes. A palavra-chave aqui, portanto, seria *justificada* – que remonta ao termo “arbitrária”, o qual,

¹⁹⁴ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada. Vol. II*. 4ª ed. rev., reimp. [s. l.]: Coimbra Editora, 2014, p. 801.

¹⁹⁵ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 34.

¹⁹⁶ Mayer Brown, *New COVID-19 rules for Employers in Germany*, nov. de 2021. “*As of next week, only vaccinated, recently recovered and tested employees may access the workplace. Employers need to implement these rules immediately*”. Esta prática, inclusive, tanto não é controversa que foi implementada em diversos Estados com o advento da pandemia de COVID-19: RIDEOUT, D.; MUNK-MANÉL, S. *Hasta La Vista, Unvaccinated Employees?* Ivey Business Journal, [s. l.], p. 1–8, 2021. fala da situação no Canadá, e mesmo em Portugal foram implementadas diversas medidas que obrigavam os trabalhadores a realizarem o teletrabalho obrigatório.

reiteramos, utilizamos por diversas vezes no decorrer deste texto. Seriam, então, medidas implementadas de forma justificada?

Para entendermos se houve ou não a justificção necessária, comecemos com o caso mais específico que abordaremos, em detalhes, em nossa última seção – o caso *Vavřička e Outros v. Tchêquia*. Ora, as principais práticas discriminatórias que foram constatadas no caso *Vavřička* foram a imposição – por parte da legislação territorialmente válida e vinculante – de coimas para aqueles que se recusassem em submeter a si mesmos ou aos seus filhos ao processo de vacinação compulsória do Estado Tcheco, além da proibição em frequentar os estabelecimentos de ensino¹⁹⁷ que, ademais, é aplicada às crianças que não são vacinadas. Estas determinações, já concordamos, são limitações ao direito à não-discriminação por serem práticas discriminatórias; entretanto, seriam elas injustificadas, arbitrárias?

Explanamos, de forma extensa e detalhada anteriormente nesta seção, acerca da importância da proteção ao direito à saúde e, mais, do direito à saúde pública – não apenas como proteção ao indivíduo mas, principalmente, como proteção da sociedade e da população em geral –, sendo uma proteção absolutamente necessária para garantir o usufruto de demais direitos plasmados nos diplomas jurídicos – sejam eles Direitos Humanos e Fundamentais, ou não. É válido afirmarmos, então – primeiro, no que tange à imposição da coima pela lei Tcheca e, depois, no que tange à proibição em frequentar os estabelecimentos de ensino pré-escolares – que não são imposições arbitrárias e injustificadas visto que o intuito da legislação do Estado é, claramente – além de cumprir com suas obrigações positivas de proteção à saúde, seja individual, seja pública –, incentivar a vacinação para promover uma maior proteção àqueles que não podem fazê-lo – como bem apresentado, a título argumentativo, para apreciação do Tribunal, pelo próprio Estado Tcheco durante o julgamento do caso *Vavřička*:

“The Government relied on their **positive obligations** under the Convention to take measures in the sphere of **protection of life** and referred to their similar obligations under other international legal instruments. More specifically, States were under a **positive**

¹⁹⁷ Ainda não abordaremos, nesta seção, a alegada violação ao Direito Humano à educação; apenas a proibição de frequência nos estabelecimentos como prática discriminatória por não aquiescência com a vacinação compulsória.

obligation to put in place effective public health policies **for combating serious and contagious diseases and to protect the life and physical integrity** of those within their jurisdiction [...] ¹⁹⁸” (grifos nossos).

E, também:

“Compulsory vaccination **was justified** by the serious adverse **public health effects of low vaccination coverage**. It was important **to protect children from an early age** and before the onset of a period of risk. In order to **protect the community effectively**, a vaccination policy had to apply to the greatest possible number of people. **A high rate of vaccination was particularly important to protect those who could not be vaccinated** ¹⁹⁹” (grifos nossos).

Esta posição também é partilhada pelo entendimento do próprio Tribunal que, quando do julgamento, definiu que a coima e a proibição eram consequências diretas da não aquiescência com a obrigação de vacinar a si ou aos filhos e, assim, apesar de constituírem intervenções diretas com outros direitos elencados na Convenção²⁰⁰, não eram medidas arbitrárias, sendo condizentes tanto com as lei internacionais, quanto com as leis nacionais aplicáveis nesta situação²⁰¹. Temos, mais uma vez, a confirmação de que o direito à saúde – principalmente à saúde pública – deve ser garantido e protegido pelos Estados.

Já no caso *Zambrano v. França* – que, veremos, não teve o mérito julgado por conta 1) da não exaustão dos remédios jurídicos internos, 2) da não aplicabilidade da Convenção por não ter sido satisfeita a condição de vítima por parte dos requerentes, e 3) do abuso do direito de pedir, mas que, de todo modo, trouxe alegações relevantes e aplicáveis ao atual contexto pandêmico que ainda vivemos –, houve uma reiterada alegação de violação ao direito à não-discriminação, principalmente por conta da determinação da lei francesa sobre

¹⁹⁸ Case of *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, §197.

¹⁹⁹ *Id.*, §213. Neste mesmo sentido, *cfr.* EICHELBAUM, K. *Is Mandatory Vaccination an Unjustified Limit on Human Rights?* Te Mata Koi: Auckland University Law Review, [s. l.], v. 25, p. 105–128, 2019, p. 108-110.

²⁰⁰ De acordo com UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention – Prohibition of Discrimination*. 2021, o artigo 14º tem natureza auxiliar e é normalmente apreciado pelo Tribunal em conjunto com outros direitos plasmados na Convenção.

²⁰¹ Case of *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, §258 e ss.

a imposição de coimas e penas restritivas de liberdade para aqueles que apresentassem documentos e testes falsificados, ou para os agentes responsáveis pela fiscalização destes documentos que aceitassem as falsificações fornecidas. Para o requerente, esta imposição era injustificada e arbitrária, uma vez que não havia previsão legal de ordem constitucional que garantisse ao Estado francês o poder de agir de tal maneira.

Não obstante o fato de o Tribunal não ter analisado o mérito da questão, podemos fazê-lo em seu lugar dada a jurisprudência já proferida em sede de julgamento caso *Vavříčka* – que, reiteramos, abordaremos com mais detalhes oportunamente. Vejamos: neste caso – e nos mesmos moldes do caso anterior – o questionamento apresentado refere ao conteúdo de um conjunto de leis infraconstitucionais que impõem medidas coercitivas e punitivas para aqueles que não se submetem à vacinação que, neste caso, é contra a COVID-19, e que constituiriam violações de Direitos Humanos.

Entretanto, no que tange à argumentação sobre a violação do direito à não-discriminação e que se refere, exclusivamente, à imposição de coimas e penas restritivas de liberdade, acreditamos que caso o Tribunal houvesse, de fato, realizado o julgamento da petição remetida, a conclusão a que teriam chegado seria a mesma daquela proferida no caso *Vavříčka* – possivelmente até mesmo com a citação do caso *Vavříčka* como argumentação no decorrer do julgamento. Nossa posição se baseia inteiramente no fato de que as leis questionadas, mesmo que inegavelmente sejam legislações infraconstitucionais, ainda assim fazem parte da “lei” do Estado francês e, portanto, são legítimas para prever condutas e medidas coercitivas em território nacional²⁰². Ainda, as punições previstas nos diplomas questionados dizem respeito à apresentação de documentos forjados e falsificados, sendo esta uma prática que já corresponde a um delito no Estado francês. Ora, se no caso *Vavříčka*, como veremos, o Tribunal se posiciona e diz que as punições advêm integralmente por conta de ações que violam uma lei interna que já existe – no caso tcheco, a vacinação compulsória em crianças e, no caso francês, a falsificação de documentos e a falha em verificar estes mesmos documentos –, acreditamos que a mesma linha de raciocínio seria seguida no caso *Zambrano*, dada a uniformidade das decisões do TEDH. Desta forma, a imposição de coimas

²⁰² Falaremos sobre o conceito de “lei” para a determinação de restrições e limites de direito em nossa próxima seção.

e penas restritivas de liberdade por parte da autoridade francesa não caracterizaria uma discriminação arbitrária estando, portanto, justificada.

Discriminação “Justificada” e a Proteção de Direitos Humanos

Neste ínterim, ousamos dizer que o entendimento de que há exceções para o direito à não-discriminação – ou para a proibição da discriminação – é generalizado e universalmente aceito pelos sistemas de proteção de Direitos Humanos, tendo o Conselho Social e Econômico das Nações Unidas, durante a Comissão de Direitos Humanos de 2002, emitido um relatório sobre a Prevenção da Discriminação²⁰³ em que inseriram o conceito e a prática de “ações afirmativas” – que nada mais são do que as medidas ‘discriminatórias’ justificadas que buscam o fim da desigualdade material.

No mesmo relatório, as N.U. afirmam que a utilização do termo “discriminação positiva” para designar estas práticas discriminatórias que buscam a igualdade é feito de forma equivocada²⁰⁴, uma vez que uma prática não pode ser, ao mesmo tempo, uma discriminação e positiva: se constituir uma medida positiva, legitimada e justificada, não pode ser uma discriminação que, pela sua própria natureza, é injustificada e arbitrária²⁰⁵. Assim, não obstante o fato de não ter uma definição universalmente aplicada, estas ações afirmativas foram classificadas pelas N.U. como “[...] *a coherent packet of measures, of a temporary character, aimed specifically at correcting the position of members of a target group in one or more aspects of their social life, in order to obtain effective equality*”²⁰⁶. É através da implementação destas ações afirmativas, portanto, que temos práticas ‘discriminatórias’ legalmente justificadas que, geralmente – e no que tange particularmente a promoção de medidas coercitivas e punitivas referentes ao nosso objeto de análise, que é a vacinação compulsória – utilizam a justificativa da “utilidade social” – ou “social utility” –: estas práticas promovem uma melhora na qualidade de vida de um grande número de pessoas, de diferentes formas, de maneira mais relevante e abrangente do que afetaria o

²⁰³ BOSSUYT, Marc J. *Prevention of Discrimination: The concept and practice of affirmative action*. Nações Unidas: Conselho Econômico e Social. E/CN.4/Sub.2/2002/21. 2002.

²⁰⁴ Entretanto, é um termo amplamente utilizado e, para mais informações e definições, *cfr.* AHRC. *Positive Discrimination*. Disponível em <<https://humanrights.gov.au/quick-guide/12078>>.

²⁰⁵ Bossuyt, em “*Prevention of Discrimination...*”, p. 3.

²⁰⁶ Id.

direito a não ser discriminado de outras²⁰⁷, priorizando o bem-estar coletivo ao invés do individual.

Estas medidas ‘discriminatórias’ justificadas não estão presentes apenas nas legislações internas dos Estados, sendo também previstas e aceitas pelo direito internacional e pelos sistemas de proteção de Direitos Humanos: ressalte-se²⁰⁸, aqui, o preâmbulo do Protocolo nº12 da CEDH, em que lemos que “[...] o princípio da não-discriminação não obsta a que os Estados partes tomem medidas para promover uma igualdade plena e efectiva, desde que tais medidas sejam objectiva e razoavelmente justificadas²⁰⁹”; o comentário sobre o artigo 26º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos do Comitê de Direitos Humanos, no qual fica reconhecido que “*the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant*²¹⁰”; e a afirmação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de que reconhece o avanço em direção a um “*concept of material or real equality based on the acknowledgment that certain sectors of the population require the adoption of affirmative action measures that make it possible to have a more level playing field*²¹¹”.

No entanto, é preciso cautela quando da implementação destas ações positivas para que elas mesmas não caracterizem práticas efetivamente discriminatórias, ilegais e negativas²¹². Reconhecemos que qualquer ação pode ser justificada, seja para bem geral da

²⁰⁷ Id., p. 6.

²⁰⁸ Apesar de não termos encontrado relatórios ou posições oficiais dos órgãos constituintes da União Africana e do Sistema Regional Africano de Proteção aos Direitos Humanos que fazem referência direta à adoção e implementação de “ações afirmativas”, temos ciência de que o sistema regional africano também as incorpora em sua prática legislativa visto que objetivos tais quais os estipulados pela Agenda 23, por exemplo, visam a promoção da igualdade e do fim da discriminação e desigualdade de gênero – objetivo que só pode ser alcançado através da melhora da educação da população e da implementação de “ações afirmativas” que garantam maiores oportunidades e direitos para as mulheres.

²⁰⁹ Protocolo nº 12 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, preâmbulo.

²¹⁰ Bossuyt, “*Prevention of Discrimination...*”, p. 11.

²¹¹ IACHR. *Compendium on Equality and Non-Discrimination. Inter-American Standards*. Doc. 31. Fev. 2019 p. 29.

²¹² Neste aspecto, *cfr.* BARBU, Silviu Gabriel; BULARCA, Maria Cristina; COMAN, Claudiu. *The Matter of Human Rights in The Context of The Covid-19 Pandemic*. Drepturile Omului, nº 1, p. 43-58, 2021, p. 52, os autores falam sobre a discriminação de pessoas não vacinada promovida em diversos Estados que, na opinião dos autores, não deveria ter ocorrido, haja visto que os Estados estavam impedindo o acesso à cultura por parte daqueles que não queriam se vacinar. Os autores também afirmam que, idealmente, não deveriam ser promovidas medidas de restrições de Direitos Humanos. A nosso ver, os autores têm uma visão muito idealista de como o mundo deve funcionar, uma vez que resta comprovado, dados os fatos que aconteceram durante a

população ou não; para evitar disparidades é necessário que a justificativa seja, também, razoável²¹³. Nos dois *case law* que veremos nesta dissertação houve a afirmação de que práticas discriminatórias injustificadas – e, portanto, arbitrárias e injustas – estavam sendo implementadas. Esta argumentação não é exclusiva do sistema regional europeu de proteção aos Direitos Humanos, visto que uma grande quantidade de cidadãos de diversos Estados em diversos continentes alegou que estavam sendo discriminados quando eram impedidos de acessar estabelecimentos comerciais sem máscaras ou sem testes virológicos negativos²¹⁴. Isso ocorre porque a proibição da discriminação e a implementação de ações afirmativas podem entrar em conflito quando não são corretamente explanadas²¹⁵ ou mesmo quando não são cuidadosamente inseridas nos textos legais.

No caso da vacinação compulsória, a igualdade material que se tenta atingir através destas práticas ‘discriminatórias’ justificadas é a proteção contra a disseminação e infecção de doenças para toda a população – inclusive para aqueles que não podem ser vacinados por possuírem contraindicações permanentes, como explicado pelo Governo e pelo Tribunal no caso *Vavříčka*. O TEDH, inclusive, tem jurisprudência neste sentido proferida no caso *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, caso em que foi reafirmada a importância da implementação de ações positivas principalmente em situações que apresentem risco ao direito à vida²¹⁶. Entretanto, Thérèse Murphy aponta que, por diversas vezes no decorrer da história, foram implementadas medidas sanitárias – como a quarentena –, especificamente contra minorias, contra populações vulneráveis, ou mesmo contra portadores do vírus da HIV, que foram baseadas na justificativa da necessidade da proteção da saúde pública mas que, na realidade, eram discriminações injustificadas e desproporcionais²¹⁷. Ora, a

pandemia de COVID-19, que, sem medidas coercitivas, restritivas e punitivas, as pessoas que não querem se vacinar, via de regra, não o fazem – e, mesmo com a implementação destas medidas, a coerção ainda mostrou-se difícil. No mesmo sentido, *cfr.* MONTEVERDE, E. *Respect for individual autonomy and a collective benefit: Arguments in favor of compulsory SARS-CoV-2 vaccination among health care professionals*. Archivos Argentinos de Pediatría, [s. l.], v. 119, n. 4, p. E298–E302, 2021, p. e301, “*the defense of full individual freedoms, without limitations, is too naïve to even be considered*”.

²¹³ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 33, traz o exemplo da Austrália que, em 1994, teve decisão proferida pelo Comitê de Direitos Humanos que determinava que a criminalização da homossexualidade com o intuito de prevenir e combater a disseminação do vírus da HIV era, na realidade, uma prática discriminatória injustificada e desproporcional.

²¹⁴ Espanha, Brasil, Bruxelas, Estados Unidos e Canadá são apenas alguns exemplos de Estados em que diversas manifestações aconteceram com o intuito de protestar a implementação de medidas de contenção da pandemia e a implementação do “passaporte sanitário”.

²¹⁵ Bossuyt, “*Prevention of Discrimination...*” p. 19.

²¹⁶ Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, §§164-165.

²¹⁷ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, principalmente p. 80.

implementação das ações afirmativas deve ser feita sempre em respeito aos Direitos Humanos e de modo que elas mesmas não violem o direito à não-discriminação²¹⁸.

Assumimos, assim, que a aplicação e interpretação do direito à não-discriminação devem ser feitas com cuidado e com especial atenção, a fim de que se evitem injustiças e, principalmente quando da utilização da *justificativa*, esta deve ser sempre proporcional e buscar a igualdade material para que não culmine em situações infundadas.

Ora, a adoção de práticas ‘discriminatórias’ que são justificadas de forma desproporcional pode acarretar diversas situações classificadas como crimes contra a humanidade. A discriminação em si, note-se, não é um crime contra a humanidade, mas, segundo Francisco Ferreira de Almeida²¹⁹, os crimes contra a humanidade são, usualmente, baseados na discriminação e na perseguição contra “grupos identificáveis”. Almeida ainda reitera, inclusive, no decorrer de sua dissertação, que um dos elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade é a prática recorrente de infrações – cometidas, *a priori*, pelas autoridades estatais – baseadas em discriminações ou perseguições de grupos identificáveis²²⁰ inseridos dentro de uma determinada sociedade e em larga escala²²¹.

Neste sentido – e, também, visando exemplificar práticas que realmente caracterizaram a violação do direito à não-discriminação ou a proibição da discriminação –, apontamos como exemplo os atos nazistas²²² de discriminação e perseguição de pessoas – todos, à época, legalmente justificados, embora não de forma proporcional. Ainda, podemos citar as práticas de escravidão – *a priori* “justificadas cientificamente” pela superioridade daqueles que escravizavam –, o crime de perseguição²²³ – que, segundo Almeida, tem como caráter constitutivo a discriminação²²⁴ –, e, fazendo referência a casos atuais, a perseguição

²¹⁸ Bossuyt, “*Prevention of Discrimination...*” p. 25. Neste sentido, *cfr.* ZWEIG, S. A. et al. *Ensuring Rights while Protecting Health: The Importance of Using a Human Rights Approach in Implementing Public Health Responses to COVID-19*. Health and Human Rights, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 173–186, 2021, p. 181-183, os autores ressaltam a importância de implementar medidas que não sejam manifestas violações exageradas, desproporcionais e não justificadas de Direitos Humanos, para que não recaiam na ilegalidade.

²¹⁹ ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009 p. 17.

²²⁰ *Id.*, p. 309.

²²¹ *Id.*, p. 315.

²²² Atos estes tão desumanos que, como apontamos diversas vezes nesta dissertação, deram causa para a criação, adoção e promoção do conceito de Direitos Humanos que temos hoje, além de diretamente ligados com a importância atribuída à proteção destes direitos.

²²³ E, consequentemente, o Apartheid, que pressupõe uma perseguição.

²²⁴ Francisco Ferreira de Almeida, em “*Os Crimes Contra a Humanidade...*”, p. 433.

– ou o genocídio – recorrente contra os Rohingya, em Myanmar. Entretanto, não nos compete aprofundar a discussão sobre os crimes contra a humanidade²²⁵; apenas nos cabe ressaltar que a discriminação, quando injustificada – ou quando justificada, mas de forma desproporcional ou de forma a “manipular o direito”²²⁶ – pode ensejar crimes desta categoria.

Ainda neste aspecto, outros casos que ilustram a efetiva violação do direito à não-discriminação que podemos citar incluem o caso *Behar e Gutman v. Bulgária* – em que se reconheceu que houve a incitação à discriminação contra minorias religiosas e ráticas no Estado búlgaro, além da negligência do Estado em fazer cessar estas incitações que afetaram diretamente a vida privada dos requerentes²²⁷; decisão condizente com a prática do TEDH em apreciar a violação do direito à não-discriminação em conjunto com a violação de outros direitos da Convenção –; o caso *Veliz Franco e Outros vs. Guatemala* – em que a CIDH reconheceu a prática discriminatória em função do gênero contra as mulheres por conta de reiterados atos de violência cometidos –; e o caso *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Guinea* – em que a Comissão Africana considera que a República da Guiné violou o direito à não-discriminação de refugiados da Serra Leoa por conta de atos persecutórios e agressivos praticados contra os refugiados no seguimento de um discurso político realizado pelo presidente. Em todos estes casos podemos observar atos discriminatórios que não caracterizam ações afirmativas, absolutamente injustificados e desproporcionais.

Conclusões da Seção

É inegável, assim, dada a ampla adoção e aceitação da proteção à saúde nos ordenamentos internos – bem a definição já atribuída pelos instrumentos internacionais –, que o direito à saúde é um Direito Humano que deve ser garantido e protegido pelos Estados e pelos sistemas de proteção de Direitos Humanos e, mais, consideramos que a materialização deste direito como um DH ocorre com a criação da OMS, visto que a

²²⁵ Para este aprofundamento, *cfr.*, mais uma vez, a obra de Francisco Ferreira de Almeida, “*Os Crimes Contra a Humanidade...*”.

²²⁶ BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2ª ed. [s. l.]: Kluwer Law International, 1999, p. 341, diz que crimes contra a humanidade, conforme julgados e interpretados pelo Tribunal de Nuremberg, não seriam passíveis de existência não fosse a autorização e legitimação por parte dos Estados que, à época da execução destes crimes, continham leis que autorizavam estas condutas.

²²⁷ Case of Behar and Gutman V. Bulgária, §106.

definição adotada pela Organização é largamente repetida nos demais instrumentos jurídicos. Ainda, aceitamos que os Estados não devem fazer *tudo* para proteger a saúde, mas o *mínimo*, e concluímos que este mínimo, por estar diretamente relacionado com a proteção da saúde pública – presente em todos os instrumentos de proteção de Direitos Humanos –, deve incluir a distribuição de vacinas e a implementação de medidas sanitárias, que podem ou não ser ações afirmativas: medidas discriminatórias positivas que incentivem a população a aderir às medidas impostas. Se os Estados devem fazer o mínimo e progredir daí, então devem vacinar e promover a vacinação para proteger a saúde pública de forma geral e não devem, de forma alguma, retroceder quanto ao universo de direitos garantidos.

É certo afirmarmos, portanto, que práticas tidas como ‘discriminatórias’ – as ações afirmativas – que visem a garantia e a promoção de uma igualdade material, são juridicamente válidas, e podem ser implementadas sem que estejam ao arrepio da lei desde que, por óbvio, sejam adotadas de forma *justificada*. Não temos uma manifesta violação *ilegal* do direito à não-discriminação com a imposição de coimas e restrições de acesso aos locais de trabalho e de ensino, ou mesmo mediante a constante exigência de testes às pessoas que não se vacinaram ou que não apresentaram seus comprovantes de vacinação – apesar de termos, de fato, uma limitação *válida* deste mesmo direito. É um direito – é uma proibição – que comporta suas exceções. Estas exceções, entretanto, exigem justificativas plausíveis, a fim de serem evitadas injustiças ou mesmo a promoção de atos tão pavorosos que possam vir a ser classificados como crimes contra a humanidade.

Resta saber, ainda, se as demais restrições de direitos que foram – e são – impostas pelos Estados – seja durante o período pandêmico ou durante períodos “normais”, em que apenas se exige a vacinação de crianças, por exemplo – também são restrições legalmente válidas, o que ensejaria a discussão sobre a questão da violação – ou não – de outros Direitos Humanos protegidos pelos instrumentos internacionais quando da implementação destas medidas – o impedimento de frequentar certos estabelecimentos, por exemplo, violaria o direito à liberdade de locomoção. Entretanto, falaremos sobre isso a seguir.

IV – Vacinação Compulsória, Supressão de Direitos e Discriminação Sanitária: Fundamentadas Legalmente?

A fim de pavimentar nosso caminho por este trabalho, abordamos, até o momento, o surgimento e as características dos Direitos Humanos; os sistemas e instrumentos de proteção destes direitos, com suas semelhanças e diferenças; e, por fim, os pormenores do direito à saúde e do direito à não-discriminação como Direitos Humanos que, a longo prazo, são os principais direitos contidos na nossa abordagem da *discriminação sanitária* como violação ou proteção de Direitos Humanos. Destacamos, inclusive, a redação de alguns artigos que foram alegadamente violados nestes casos do TEDH, para que pudéssemos apreciar, de forma mais detalhada, suas previsões legais.

Nesta seção, a fim de finalmente chegarmos à conclusão sobre os impactos jurídicos da *discriminação sanitária* no âmbito dos Direitos Humanos, abordaremos a violação de Direitos Humanos – alegada não somente por parte dos autores dos processos que veremos em breve como, também, por cidadãos de Estados em que ocorreram manifestações neste período pandêmico que vivemos –, e a possibilidade, ou não, de ocorrerem limitações de Direitos Humanos promovidas por parte dos Estados. Para isso, analisaremos de forma mais minuciosa os artigos legais e, desta vez, incluiremos não apenas o estipulado pela DUDH, mas pelos diplomas pertencentes aos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos – principalmente o europeu, local em que se situam os casos abordados, para entendermos se e quando podem ocorrer limitações a estes direitos.

Dicotomia: Liberdade Individual x Proteção do Coletivo

Ora, haja visto que toda a discussão acerca da constitucionalidade e da validade das normas impostas pelos governos tcheco e francês, que veremos em nossa próxima seção, tem como estopim a exigência de ações, por parte do indivíduo, que priorizam o coletivo em detrimento do singular, comecemos, portanto, com a discussão acerca desta dicotomia – que nos exige a apreciação, mesmo que de forma breve, de conceitos da Filosofia do Direito.

Não é de hoje que este debate permeia os fóruns de discussão do mundo jurídico. Kant já nos fala, em 1797 – ao definir o “princípio universal do direito” –, que uma ação apenas deve ser entendida como condizente com o Direito quando permite a coexistência da

liberdade individual com a liberdade do coletivo²²⁸. Ainda segundo Kant, não é possível que alguém imponha limitações à outra pessoa, uma vez que estas limitações são contrárias ao Direito; entretanto, o próprio Direito e a própria manifestação da liberdade individual, por si mesma, já se encontra limitada pela manifestação da liberdade coletiva²²⁹. Entretanto, e ainda segundo o autor, mesmo que a imposição de uma limitação ou de uma coerção por parte de um terceiro não seja de acordo com o Direito – uma vez que interferiria com a liberdade individual –, caso o uso da liberdade individual esteja interferindo com a liberdade coletiva, então a imposição de uma limitação ou de uma coerção – visando a proteção da liberdade coletiva – estará justificada pelo Direito²³⁰.

Destarte, concluímos o seguinte: 1) *a priori*, o indivíduo deve ter sua liberdade individual respeitada e não podem ser impostas limitações e coerções, uma vez que seriam práticas contrárias ao próprio Direito – o Estado, portanto, não deve interferir com os direitos individuais; 2) entretanto, a liberdade individual encontra-se limitada pela liberdade do coletivo – um indivíduo não pode agir ou deixar de agir de forma que interfira com a liberdade e os direitos de outras pessoas; 3) assim, se o uso da liberdade interferir com a própria liberdade e, conseqüentemente, com o Direito, podem ser impostas limitações e coerções que visem a proteção da liberdade, estando estas limitações e coerções de acordo com o Direito – se um indivíduo se utilizar da sua liberdade individual de forma que esteja afetando a liberdade coletiva, então o Estado estaria justificado para impor limitações e coerções ao *indivíduo* de forma a garantir a proteção da liberdade coletiva.

Da mesma forma segue a posição de Costas Douzinas, ao afirmar que não pode existir um único direito absoluto e independente, uma vez que esta situação ensejaria a violação da liberdade de todas as outras pessoas, à exceção daquela que fosse portadora do direito único e absoluto²³¹. Disso, inferimos que não é possível que se priorizem os direitos individuais, de titularidade individual, uma vez que o aproveitamento destes direitos deve ser feito de forma igualitária por todas as pessoas – pelo coletivo – e, quando um indivíduo

²²⁸ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 43.

²²⁹ Id., p. 44, quando diz “[...] a razão diz apenas que a liberdade, na sua ideia, encontra-se limitada a tal requisito e que ela pode, no plano dos factos, ser limitada por outros[...]”.

²³⁰ Id., pp. 44-45.

²³¹ Costas Douzinas, em “*The End...*”, p. 343.

exerce de forma irrestrita os seus direitos individuais, acaba por afetar os direitos dos outros indivíduos.

Ainda neste sentido temos John Rawls que, ao teorizar sobre o conceito de justiça, determina que os valores sociais – os direitos, se assim pudermos interpretar – devem ser todos distribuídos de forma igualitária, a não ser que a distribuição desigual de algum – ou de todos – destes direitos resulte em uma situação mais benéfica para todos os integrantes da população²³², sendo a injustiça uma “desigualdade que não resulta em benefício de todos²³³”. No mais, Rawls afirma que as liberdades dos indivíduos podem ser limitadas apenas quando conflitantes com outras liberdades básicas – nos mesmos moldes daquilo que afirma Kant – e, sendo passíveis de limitação, não são, de todo, absolutas²³⁴. Neste ínterim, Jónatas Machado²³⁵ afirma que a teoria de Rawls pode facilitar a criação de mecanismos e a implementação de medidas que, conseqüentemente, constituem uma ameaça para os direitos individuais e liberais ao priorizar a proteção e garantia dos direitos coletivos.

Vacinação Compulsória e a Limitação dos Direitos Humanos Prevista em Lei

De modo geral, como vimos em nossa seção sobre o direito à saúde, a aceitação para ser submetido a um procedimento médico deve ser feita pela própria pessoa que receberá este tratamento, e deve ser feita de forma consentida e informada. Ora, quando a vacinação é compulsória, o direito ao consentimento livre e informado acaba sendo restringido e limitado, principalmente quando são impostas, pelos Estados, conseqüências negativas – medidas de coerção – para aqueles que não concordam com a vacinação. Assim, as leis de vacinação compulsória – bem como as eventuais medidas de coerção implementadas para

²³² RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. [s. l.]: Presença, 2013, p. 69.

²³³ Id.

²³⁴ Id., p. 68. Ana Margarida Gaudêncio aprofunda a discussão do conflito entre estes dois âmbitos de proteção especificamente no que concerne ao cenário pandêmico que vivemos hoje e, até mesmo, conjecturando sobre como a sociedade agirá quando do fim deste momento, em “*Human Rights and Pandemic*”, pp. 18-23.

²³⁵ MACHADO, J. *Contrato social e constitucionalismo: algumas notas*. In: ANTUNES, Luís Filipe Colaço (coord.). *Colóquio Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002., p. 82. Ainda, para mais sobre o tema de restrição de direitos civis e políticos em prol dos direitos coletivos, cfr. MALDINI, P. *Democracy in an Age of Pandemic: Civil and Human Rights and the Choice between Freedom and Safety*. *Sociologija i prostor / Sociology & Space*, [s. l.], v. 59, n. 3, p. 239–412, 2021.

garanti-la – diminuem consideravelmente a liberdade de escolha dos indivíduos²³⁶, que devem escolher entre se submeter a um procedimento que não desejam ou com o qual não concordam, ou sofrer as restrições e punições por não terem se submetido ao tal procedimento.

Entretanto, seguindo a linha jurídico-filosófica que analisamos acima, a limitação de direitos – mesmo fundamentais ou humanos – encontra respaldo e se torna jurídica e legalmente válida – dadas as devidas proporções e circunstâncias: a compulsoriedade da vacina poderia ser implementada através da coerção física, o que não seria legalmente válido por ser indubitavelmente desproporcional²³⁷; mas também poderia ser (e, de fato, o é) implementada através da adoção de medidas coercitivas, usualmente mediante à restrição de direitos e imposição de coimas²³⁸ –, sendo uma prática amplamente adotada pelos Estados. Percebemos, assim, que esta linha de pensamento se transfere para o sistema legislativo. Vejamos:

A principal reclamação levantada pelas partes autoras dos processos remetidos ao TEDH que, em breve, veremos, foi a violação – ou a limitação – de direitos individuais plasmados, dentre outros diplomas legais, nos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos – nesta situação, especificamente, a Convenção, objeto de apreciação do Tribunal. Estas reclamações fundam-se na ideia de que direitos previstos como Fundamentais ou como Direitos Humanos não podem, de todo, sofrer interferências e limitações, principalmente em se tratando de direitos que garantem liberdades individuais. Entretanto, direitos civis e políticos não são absolutos, e podem ser limitados e suspensos²³⁹ dadas as devidas circunstâncias – posição com a qual Hurford discorda, levantando o questionamento de que são práticas que poderiam ser comparadas com o uso coercitivo da força²⁴⁰. Estas limitações,

²³⁶ GIUBILINI, A.; SAVULESCU, J. *Vaccination, Risks, and Freedom: The Seat Belt Analogy*. *Public Health Ethics*, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 237–249, 2019, p. 238, e, para mais neste tema e para aprofundar no debate jurídico-filosófico sobre a moralidade no Direito, *cfr.* GIUBILINI, A.; DOUGLAS, T.; SAVULESCU, J. *The moral obligation to be vaccinated: utilitarianism, contractualism, and collective easy rescue*. *Medicine Health Care and Philosophy*, [s. l.], v. 21, n. 4, p. 547–560, 2018.

²³⁷ HURFORD, J. E. *COVID-19 and Compulsory Vaccination: An Acceptable Form of Coercion?* *New Bioethics*, [s. l.], v. 28, n. 1, p. 4–26, 2022, página 5. No mesmo sentido, Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, pp. 42-43, quando afirma que o direito à saúde também engloba o direito a controlar o próprio corpo e a própria saúde.

²³⁸ *Id.*, pp. 5-6.

²³⁹ “*Human Rights*”, *Stanford Encyclopedia*.

²⁴⁰ Hurford, em “*COVID-19 and Compulsory Vaccination...*”, p. 6.

como veremos, não são previsões exclusivas de um único instrumento ou de um único sistema de proteção de Direitos Humanos; ao invés, podem ser encontrados em todos eles.

Se seguirmos o estabelecido pelo sistema universal da ONU – nomeadamente pela Declaração Universal de Direitos Humanos –, alguns direitos são inderrogáveis: não podem ser proibidos, limitados, suspensos ou revogados nem mesmo quando os Estados decretam situações de estado de emergência²⁴¹. Dentre estes direitos, temos a liberdade de religião, o direito à vida e à integridade física. Entretanto, no caso do direito à liberdade de consciência e religião – bem como em diversos outros direitos, geralmente aqueles referentes às liberdades individuais –, existe uma cláusula de salvaguarda que permite que estes direitos sejam restringidos, mediante o cumprimento de certos requisitos, a fim de que sejam protegidas, especificamente, a ordem, a segurança e a saúde pública.

Nestas situações, é imprescindível que esta possibilidade de restrição – restrição, veja bem, e não violação ou revogação – destes direitos esteja expressamente prevista em lei, uma vez que apenas a previsão legal autoriza a restrição²⁴². A DUDH traz, de forma explícita, esta condição, quando da redação do artigo 29º, §2:

“No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito **apenas às limitações determinadas pela lei**, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática²⁴³” (grifo nosso).

Neste aspecto, Thérèse Murphy afirma que a limitação expressamente autorizada por um instrumento pertencente ao sistema universal de proteção de Direitos Humanos nos força a pensar não apenas em direitos, mas também em limites justificáveis para direitos, sendo estes limites tão parte do âmbito legal dos Direitos Humanos quanto os direitos em si²⁴⁴ - afirmação com a qual concordamos, ainda mais visto a redação do §3º, do mesmo artigo da

²⁴¹ Cfr. Kadriu, “*States of emergency...*”, especialmente p. 58.

²⁴² Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes (coord.), em “*Manual...*”, p. 58.

²⁴³ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 29º, (2).

²⁴⁴ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 24. Ainda, Murphy (Id., p. 71) – assim como nós – foca na questão da razoabilidade das limitações impostas, assim como o pleno acesso aos Tribunais de Direitos Humanos que deve ser garantido aos cidadãos para que injustiças não sejam cometidas.

DUDH, em que se reconhece que “*os direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios da ONU*”²⁴⁵”.

Neste ínterim e ainda dentro do sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos nos traz a seguinte redação:

“Em situações excepcionais de perigo para a nação, declaradas oficialmente, os Estados-Signatários do presente Pacto poderão adoptar disposições, nos limites estritamente exigidos pela situação, que suspendam as obrigações contraídas em virtude deste Pacto, sempre que tais disposições não sejam incompatíveis com as restantes obrigações que lhes impõe o direito internacional e não contenham nenhuma discriminação fundamentada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social [...]”²⁴⁶”.

Mesmo em um contexto histórico em que se priorizou a previsão, garantia e proteção de direitos de primeira geração, foi concebida a possibilidade destes direitos sofrerem limitações em casos de “perigo para a nação”²⁴⁷”. É certo que o artigo 4º continua e determina que direitos específicos previstos em determinados artigos do documento não podem, de todo, sofrer limitações – nomeadamente o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à não ser escravizado, o direito à não ser preso por dívidas, o direito à não ser preso sem lei que o determine, o direito à personalidade jurídica e o direito de crença e religião – por constituírem um núcleo de direitos considerados como “absolutamente essenciais”²⁴⁸”, aos moldes do já estabelecido pela própria DUDH. Entretanto, mesmo diante desta “proibição” de limitações a estes direitos, um deles – o direito à liberdade de crença e religião – traz, em sua própria redação, a autorização de limitação “*que, estando previstas na lei, sejam necessárias para a protecção da segurança, da ordem, da saúde e da moral públicas,*

²⁴⁵ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 29º, (3). A própria Declaração, portanto, já reconhece que há direitos que podem ser utilizados pelos indivíduos para violar outros direitos, de outros indivíduos, e estabelece uma proibição à esta prática que, consequentemente, reforça a autorização de limitação de direitos e liberdades e a adoção de ações afirmativas, que vimos em nossa seção anterior.

²⁴⁶ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 4º.

²⁴⁷ Estas limitações de direitos, especificamente no escopo do PIDCP, estão também presentes nos Princípios de Siracusa, que elenca todos os requisitos que justificam e validam a limitação e restrição de direitos adotadas pelos Tribunais de proteção de Direitos Humanos, conforme veremos a seguir. *Cfr.* RUBENSTEIN, L.; DECAMP, M. *Revisiting Restrictions of Rights after COVID-19. Health and human rights*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 321–323, 2020

²⁴⁸ Mário Reis Marques, em “*A Protecção...*”, p. 2023.

*ou para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais de outrem*²⁴⁹”. A proteção do coletivo é de tal forma priorizada que, mesmo em se tratando de um direito considerado como inderrogável, à época, pelo legislador – a ponto de ser elaborado um artigo com uma proibição expressa de derrogação mesmo em casos de “perigo para a nação” –, a limitação ainda assim é possível nos casos em que a saúde pública ou direitos fundamentais de outros cidadãos – do coletivo – precisem ser protegidos e respeitados.

No mais, não são apenas os direitos civis e políticos que podem ter sua aplicabilidade limitada. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também autoriza a limitação de direitos, em seu artigo 4º. Entretanto, mais do que apenas determinar que esta limitação deve ser prevista pela lei interna, o PIDESC traz, na redação do artigo, a imposição de que a limitação dos direitos deve ser feita “*apenas na medida em que sejam compatíveis com a natureza desses direitos e com o objectivo exclusivo de promover o bem-estar geral numa sociedade democrática*”²⁵⁰, impondo, assim, o caráter essencial de que a limitação também deve ser o princípio da proporcionalidade para que seja legítima²⁵¹ - mais uma vez seguindo os moldes da DUDH que, como vimos, impõe que a limitação deve ser sempre em acordo com os princípios consagrados e protegidos pela Declaração.

É de suma importância mencionar, ainda, que, mesmo com relação à determinação de que todo e qualquer tratamento ou intervenção médica deve ser realizada apenas mediante o consentimento livre e informado daquele que o recebe – plasmada no referido artigo 5º da Convenção de OVIEDO –, existe a autorização de que podem ser impostas limitações aos direitos consagrados pela Convenção. Ora, o artigo 23º impões que “*as Partes asseguram uma protecção jurisdicional adequada a fim de impedir ou pôr termo, no mais curto prazo, a uma violação ilícita dos direitos ou princípios reconhecidos na presente Convenção*”²⁵²”. Ao determinar que as partes devem impedir “violação ilícita” aos direitos da Convenção, temos, através de uma interpretação em contrário, que “violações lícitas” são permitidas. Entretanto, não se faz necessário que estendamos esta interpretação, haja visto que, em

²⁴⁹ Id., artigo 18º.

²⁵⁰ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 4º.

²⁵¹ Thérèse Murphy, em “*Health and Human Rights*”, p. 75.

²⁵² Convenção de OVIEDO, artigo 23º.

seguida, o artigo 26º deixa explícito que restrições contidas em leis são permitidas – à exceção do rol taxativo presente no §2²⁵³:

“O exercício dos direitos e as disposições de protecção contidos na presente Convenção não podem ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros²⁵⁴”.

A adoção desta permissão de restrição e limitação de direitos, entretanto, não é exclusiva do sistema universal, visto que a mesma linha de pensamento pode ser observada nos instrumentos de proteção de Direitos Humanos existentes nos sistemas regionais. Mesmo no sistema interamericano – que, lembremos, foi o sistema que mais priorizou os direitos civis e políticos – a autorização de limitação de direitos está presente: no artigo 27º, nos moldes do texto do PIDCP, as limitações são permitidas em situações em que se busca proteger a segurança nacional, à exceção dos direitos inderrogáveis – sendo estes os mesmos do PIDCP. Entretanto, fora das situações que ameacem a segurança nacional, ainda há uma autorização de limitação de direitos específica encontrada nas redações de cada artigo, incluindo a possibilidade de limitação em casos que exijam a proteção da ordem econômica, da ordem social, e da saúde pública. O exemplo mais notório – notório, mas não único, haja visto que vários direitos preveem esta limitação²⁵⁵ – é o direito à liberdade de crença e religião que, da mesma forma que é tido como um direito inderrogável no sistema universal da ONU, também o é no sistema interamericano, mas tem sua limitação expressamente prevista e autorizada – pela própria redação do artigo que prevê o direito –, desde que também prevista pela lei interna, nas situações já mencionadas.

O sistema europeu, por sua vez, também traz diversas previsões legais para a limitação e a restrição de direitos: na Convenção, todos os direitos que comportam limitações

²⁵³ Id., artigo 26º, §2: “As restrições que constam do número anterior não podem ser aplicadas aos artigos 11.º, 13.º, 14.º, 16.º, 17.º, 19.º, 20.º e 21.º”.

²⁵⁴ Id., artigo 26º, §1.

²⁵⁵ Nomeadamente os direitos à liberdade de locomoção (circulação e residência, artigo 22º), de expressão (artigo 13º), e de reunião (artigo 15º) que, assim como o direito à liberdade de crença e religião, incluem em sua redação a proibição de ingerência e limitação estatal a não ser “*senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infracções penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas*”.

têm especificado, em seu próprio texto legal, as condições e situações em que seriam aceitáveis. A começar com a Convenção, os artigos 5º (liberdade), 8º (direito à vida privada e familiar), 9º (direito à liberdade de crença e religião), 10º (liberdade de expressão) e 11º (liberdade de reunião e associação), além do artigo 2º do Protocolo nº 4 (liberdade de circulação) e do Preâmbulo do Protocolo nº 12 – todos trazem situações e circunstâncias em que a limitação e a restrição dos direitos garantidos tornar-se-iam válidas, constando, dentre elas, a proteção da saúde pública, a segurança nacional, a segurança econômica do Estado (especificamente no artigo 8º (2) da Convenção²⁵⁶), a manutenção da ordem e, por fim, para assegurar e fazer valer os direitos e liberdades de outros.

Na Carta de Direitos Fundamentais, por outro lado, a previsão de restrição e limitação de direitos encontra respaldo no artigo 52º, §§1 e 2. Entretanto, o legislador não se preocupou em elencar quais seriam as condições que ensejariam a adoção de medidas restritivas e limitantes, optando por referir apenas às previsões já feitas pela Convenção:

“1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos²⁵⁷”.

Tal abstenção por parte do legislador poderia ser vista como uma eventual negligência. Entretanto, Xavier Groussot e Laurent Pech afirmam que, na verdade, o legislador optou por uma redação que não repetia as condições da Convenções por motivos “estéticos”, bastando a adoção de um esquema geral de “derrogação” para que os Tribunais

²⁵⁶ “*Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão [...] para o bem-estar econômico do país [...]*”.

²⁵⁷ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 52º, §§1 e 2.

comunitários estivessem sempre vinculados às determinações da Convenção e não se desviassem daquilo que fora originalmente pretendido²⁵⁸.

Por fim, o sistema africano traz, na Carta Africana, possibilidades de restrições de direitos que, conforme veremos adiante, poderiam ensejar situações não condizentes com a prática jurídica normal – *condicionando* o exercício de um direito com o que estivesse prescrito em lei, por exemplo, ao invés de permitir uma restrição *desde que* esteja prevista em lei. Entretanto, o artigo 27º - que, como mencionamos em nossa segunda seção, é um dos artigos que traz deveres, de forma inédita dentro do escopo de instrumentos internacionais de garantia de direitos, para os cidadãos africanos – determina que o exercício dos direitos plasmados na Carta Africana deve ser promovido de forma a respeitar os princípios nela contidos, sobretudo os direitos de outrem e a segurança coletiva. Sobre isto, falaremos de forma mais aprofundada a seguir, ao abordarmos a limitação de direitos na prática jurídica, haja visto o fato de o sistema africano ser, ainda, juvenil quando comparado aos demais, e necessitar – de forma mais recorrente do que os demais – da interpretação e determinação dos órgãos judiciais do sistema.

A Limitação de Direitos Humanos na Prática Jurídica

Temos, portanto, uma concepção teórica de que há justificativas plausíveis e legalmente aceitas pelo Direito para que certos direitos – mesmo que sejam considerados direitos fundamentais e inerentes à pessoa humana – possam ser restringidos, que foi aceita e adotada pelo legislador internacional no decorrer da história, estando a autorização para esta limitação de direitos direta e expressamente prevista pelos instrumentos internacionais – universais e regionais – de proteção de Direitos Humanos. Ora, a adoção desta limitação, inclusive, foi feita pelos legisladores internos, estando presente em diversas leis de diversos Estados.

Não obstante a existência da autorização internacional e a conseqüente adoção interna das possibilidades de limitação, a prática jurídica não fica facilitada quando são atendidos os requisitos previstos em lei, visto que há, ainda, o questionamento – levantado, para fins deste trabalho, por um dos aplicantes do caso *Vavřička* – sobre qual seria o significado de “lei”: qual seria, de fato, a “lei” que legitimamente poderia autorizar uma

²⁵⁸ Groussot e Pech, em “*Fundamental Rights...*”, p. 9.

eventual limitação de direitos? No caso *Vavříčka*, a aplicante afirma que a limitação apenas poderia ser dada através de leis primárias, – que, no caso da Tchécua, seriam Atos do Parlamento –, sendo as leis secundárias instrumentos ilegítimos para tal fim.

“[...] the applicant argued that an exception to the right protected [...] could not be provided for by secondary legislation [...]”²⁵⁹.

Este questionamento, entretanto, foi logo respondido pelo Tribunal, visto que a jurisprudência já consolidada considera que “lei” inclui qualquer ato legislativo de um Estado, não estando sua legitimação condicionada às leis primárias, ou às leis constitucionais.

“[...] In the European Court’s case-law, the term “prescribed by law” used in those provisions was interpreted in the substantive sense, so as to include not only a legislative act by a Parliament, but also any accessible and foreseeable legal rule [...]”²⁶⁰.

Ainda neste aspecto, o Tribunal demonstra a existência da necessidade em reiterar este posicionamento quando, mais uma vez, explica que o termo “lei” – nas diversas vezes em que aparece na Convenção, nos artigos 8º a 11º, juntamente do termo “prescrita em lei” –, deve ser sempre “entendido pelo seu sentido “substantivo”, e não pelo seu sentido “formal”, [...] incluindo, *inter alia*, “a lei escrita”, não limitada à legislação primária mas incluindo atos normativos e instrumentos de rank inferior²⁶¹”.

Da mesma forma ensina William Schabas, afirmando que não apenas a limitação e a restrição dos direitos deve estar prevista em lei²⁶², como, ainda, esclarece – aos moldes da jurisprudência do TEDH – que esta “lei” não comporta apenas a lei escrita, codificada – também inclui a lei conforme interpretada e aplicada pelos próprios Tribunais. No mais, deixa clara a necessidade de que, para que seja considerada como “lei” e esteja, portanto, englobada pela expressão ‘prevista em lei’, a norma deve ser acessível e previsível²⁶³. Assim sendo, as limitações – para que sejam legalmente aceitas pelo direito e pelos instrumentos internacionais – *devem* estar expressamente previstas em lei – seja esta lei constitucional

²⁵⁹ Case of Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §34.

²⁶⁰ Id., §87.

²⁶¹ Case of Vavříčka and Others V. The Czech Republic, §269.

²⁶² SCHABAS, W. A. *The European convention on human rights: a commentary*. [s. l.]: Oxford University Press, 2015, p. 402.

²⁶³ Id., p. 403.

(primária), infraconstitucional (secundária), ou conforme a interpretação dos Tribunais. Como decorre, portanto, a limitação de direitos na prática jurídica?

Sistema Interamericano

No sistema regional interamericano, como vimos anteriormente, a restrição de direitos está permitida pela própria Convenção Americana – e a CIDH mantém, de forma consistente, decisões neste sentido. Grande parte das decisões proferidas pela Corte e pela Comissão referem ao direito à liberdade de expressão e sua eventual limitação, principalmente no que tange à perseguição a jornalistas e ao direito de livre circulação de pessoas – e, aqui, citamos os casos *Ricardo Canese Vs. Paraguai* e *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. A CIDH, no caso contra o Paraguai, assume a posição já consolidada em jurisprudência de que os direitos envolvidos fazem parte do conjunto de Direitos Humanos que devem ser protegidos e assegurados, mas que não são absolutos²⁶⁴ – posição esta que é reiterada no caso contra o Suriname. No que tange a liberdade de circulação, a CIDH afirma:

“El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, **pueden ser objeto de restricciones**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, **es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley**, y que estén **destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás**, en la medida indispensable en una sociedad democrática²⁶⁵” (grifo nosso).

Ainda neste aspecto, a CIDH afirma que a restrição legal de direitos – além de estar necessariamente prevista em lei – deve ser analisada caso a caso a fim de determinar se os Estados que promoveram tais restrições o fizeram de acordo com os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade²⁶⁶, sendo o princípio da legalidade determinado pela previsão, em lei, da possibilidade de restrição e limitação de direitos²⁶⁷; o princípio da necessidade apresentando-se através da existência de indícios suficientes que justifiquem a

²⁶⁴ Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, §95.

²⁶⁵ Id., §117.

²⁶⁶ Id., §123.

²⁶⁷ Id., §124.

implementação destas restrições e limitações²⁶⁸; e o princípio da proporcionalidade sendo caracterizado pela implementação de medidas que imponham limitações e restrições mínimas, bastantes para se atingir o objetivo que se almeja²⁶⁹. A mesma posição é tomada no âmbito do direito à liberdade de expressão e pensamento, tendo a CIDH ainda afirmado que a limitação desta liberdade também se justifica pelo uso abusivo do direito²⁷⁰.

No mais, Arruda, Moribe e Wang²⁷¹ afirmam que a proporcionalidade é constantemente utilizada para resolver conflitos de normas fundamentais, em que um direito precisa ser restringido para que outro não seja violado. Para que esteja de acordo com este princípio, portanto, o direito a ser protegido deve ter esta proteção garantida mediante o mínimo de restrições possíveis a outros direitos. Ainda, os autores discorrem sobre o princípio da necessidade, afirmando que, além da demonstração de indícios suficientes que justifiquem a implementação das medidas restritivas, estas também mostrar-se-ão de acordo com o princípio quando se faz claro que o objetivo almejado não pode ser alcançado – nas mesmas medidas e proporções – quando outras medidas, não restritivas, são implementadas no lugar das restritivas²⁷². Por fim, abordam o princípio da proporcionalidade, explicando que as medidas restritivas de direitos são sempre proporcionais quando encontram um balanço entre a intensidade da restrição de direitos e os benefícios e proteções de direitos advindos destas restrições²⁷³. Assim, no caso da COVID-19, as medidas restritivas de direitos que implementam a vacinação compulsória são proporcionais quando as liberdades individuais “perdidas” são compensadas através dos ganhos com a proteção da saúde pública e o controle mais rápido do estado pandêmico²⁷⁴.

No que diz respeito à vacinação compulsória e às demais restrições de direitos dentro da jurisprudência da CIDH – bem como dos Estados que fazem parte do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos – há certas divergências que podem ser constatadas.

²⁶⁸ Id., §129.

²⁶⁹ Id., §132, adotando interpretação utilizada pelo Comitê de Direitos Humanos.

²⁷⁰ Id., §95.

²⁷¹ WANG, D. W. L.; MORIBE, G.; DE M. ARRUDA, A. L. G. *Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional under Brazilian Law?* Health and Human Rights, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 163–174, 2021, p. 168.

²⁷² Id., p. 169.

²⁷³ Id., p. 170.

²⁷⁴ Id., p. 171.

Apesar de não termos decisões do próprio órgão acerca desta matéria, é certo, como já vimos, que a CIDH prima pela proteção do bem-estar coletivo e da saúde pública: trouxemos o relatório, em nossa seção anterior, que remete às decisões da CIDH e que contém determinações para os Estados promoverem um melhor acesso e uma melhor qualidade dos sistemas de saúde, além da adoção da prevenção e do controle de doenças infecciosas nos instrumentos constitutivos do sistema regional interamericano. Ora, de forma coerente, no cenário pandêmico atual a Comissão Interamericana emitiu três resoluções abordando a importância da prevenção e do combate à COVID-19. A primeira Resolução – quando ainda não existiam vacinas – recomendou a adoção, por parte dos Estados, de todas as medidas necessárias para a proteção do direito à vida, à saúde, e à integridade pessoal dos indivíduos – mesmo que estas medidas acarretassem violações de outros Direitos Humanos, tal qual o direito de livre circulação²⁷⁵. A segunda Resolução adotada visou a garantia e a proteção do direito à saúde, sem discriminação, das pessoas infectadas pelo vírus da COVID-19 – incluindo a autorização de administrar tratamentos médicos sem o consentimento da pessoa infectada em casos de urgência e de risco de morte iminente²⁷⁶. Por fim, a Resolução 1/2021 – adotada quando do advento das vacinas – recomenda a adoção de um plano nacional de vacinação por parte dos Estados²⁷⁷.

Entretanto, os Estados pertencentes ao sistema interamericano acabam por adotar medidas e legislações internas que podem divergir da posição da CIDH: o maior e mais notório exemplo acerca destas divergências ocorre nos Estados Unidos²⁷⁸, em que o movimento antivacina é muito forte. Apesar de já existir jurisprudência em território estadunidense que valida as medidas de vacinação compulsória – nomeadamente no caso *Jacobson V. Massachusetts* de 1905, em que o Tribunal decidiu que a implementação da vacinação compulsória correspondia ao poder de polícia dos estados para proteger a saúde pública²⁷⁹ e, conseqüentemente, não violava o direito à liberdade dos cidadãos conforme

²⁷⁵ Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 7. §1.

²⁷⁶ Resolução 4/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 7, §19.

²⁷⁷ Resolução 1/2021 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 5, §1.

²⁷⁸ Vale mencionar, entretanto, que os Estados Unidos apenas assinaram – nunca ratificaram – a Convenção Americana, principalmente por conta de imposições notoriamente contrárias às políticas estadunidenses, tal qual a proibição da pena de morte – ainda utilizada em alguns estados do país. Não obstante, por se tratar de um Estado com grande influência global e, conseqüentemente, regional, e por estar localizado no continente americano, acabamos por utilizar os Estados Unidos como um exemplo.

²⁷⁹ *Jacobson V. Massachusetts*: “It is within the police power of a State to enact a compulsory vaccination law, and it is for the legislature, and not for the courts, to determine in the first instance whether vaccination is or is not the best mode for the prevention of smallpox and the protection of the public health”.

protegido através da 14^a Emenda da Constituição Americana²⁸⁰, uma vez que a liberdade não é absoluta –, a autonomia dos estados em decidir sobre suas próprias legislações acaba conflitando com o objetivo máximo de proteção da população como um todo – com indivíduos comparando a vacinação compulsória até mesmo com a prática da escravidão²⁸¹.

É preciso mencionar que a influência estadunidense atinge outros países pertencentes ao sistema interamericano – para não dizermos outros países do globo de forma geral –, e a evolução da tecnologia, bem como o maior acesso à esta tecnologia, acaba facilitando a disseminação da notícias falsas que inflamam este tipo de discursos²⁸². No caso brasileiro, por exemplo – outro Estado do sistema americano que possui grande influência no continente e, também, conta com o fator da ascensão de políticos de extrema direita, propagadores deste discurso antivacina²⁸³ –, temos juristas que afirmam que as medidas de vacinação compulsória, assim como a adoção de outras medidas profiláticas e de prevenção à disseminação, especificamente, da COVID-19, são manifestamente contrárias às normas de Direitos Humanos²⁸⁴ – justificando este posicionamento com argumentos que variam desde a interferência com a soberania estatal por parte dos órgãos internacionais até a afirmação de que a população não teria seu direito à saúde protegido mas, ao invés, violado, visto as vacinas não serem comprovadamente eficientes²⁸⁵. Entretanto, apesar do crescimento do discurso antivacina no Estado brasileiro, a jurisprudência – bem como a legislação – acaba confirmando a posição da CIDH e dos instrumentos do sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, garantindo que a vacinação compulsória – inclusive no que diz respeito

²⁸⁰ Id., “*The liberty secured by the Constitution of the United States does not import an absolute right in each person to be at all times, and in all circumstances, wholly freed from restraint, nor is it an element in such liberty that one person, or a minority of persons residing in any community and enjoying the benefits of its local government, should have power to dominate the majority when supported in their action by the authority of the State*”.

²⁸¹ COLGROVE, J.; SAMUEL, S. J. *Freedom, Rights, and Vaccine Refusal: The History of an Idea*. American Journal of Public Health, [s. l.], v. 112, n. 2, p. 234–241, 2022, p. 236.

²⁸² Id., p. 234. Neste sentido, Ana Margarida Gaudêncio, em “*Human Rights and Pandemic*”, p. 12, fala sobre a “pandemia de desinformação”, fenômeno desencadeado pelos indivíduos que exercem, de forma indiscriminada e sem parcimônia, seus direitos à liberdade e expressão e informação, com a consequente “circulação de (des)informação”.

²⁸³ Portal G1, em “*Bolsonaro já disse que não tomaria a vacina contra Covid e ‘ponto final’*”.

²⁸⁴ SINDONA, Rodrigo Nunes. *A impossibilidade de vacinação compulsória contra o covid-19 às luzes das normas internacionais de direitos humanos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6785, 28 jan. 2022. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87465/a-impossibilidade-de-vacinacao-compulsoria-contra-o-covid-19-as-luzes-das-normas-internacionais-de-direitos-humanos>>.

²⁸⁵ Id.

à COVID-19 – tem respaldo legal, uma vez que estejam respeitados os princípios já mencionados anteriormente. Neste sentido, temos:

“É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) **a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros** (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). [...] *“É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”²⁸⁶* (grifos nossos).

Assim, mesmo com o crescimento de ideias contrárias, a vacinação compulsória encontra amparo legal internamente – ao menos no que tange a normatividade brasileira e estadunidense –, aos moldes do que é promovido no âmbito internacional.

Sistema Africano

No sistema africano de proteção aos Direitos Humanos, Gino J. Naldi afirma que houve uma formulação dos artigos da Carta Africana que podem gerar interpretações dúbias²⁸⁷, podendo chegar a ponto de permitir, a nosso ver, restrições de direitos em

²⁸⁶ (STF - ARE: 1267879 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021)

²⁸⁷ NALDI, Gino J. *Limitation of Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Contribution of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. South African Journal on Human Rights, Routledge, Vol. 17, nº 1, pp. 109-118. Jan. 2001., p. 109.

contextos que, normalmente, não seriam permitidas. O exemplo utilizado por ele refere-se ao artigo 10º da Carta Africana que garante o direito à livre associação “*sob reserva de se conformar às regras prescritas na lei*”. Esta formulação, de fato, pode ser problemática – haja visto, de forma comparativa, que os atos perpetrados na Alemanha nazista e que violaram diversos Direitos Humanos tais quais os temos hoje, por exemplo, eram condizentes com a lei vigente à época. Entretanto, o autor também afirma que a posição do Tribunal Africano tem se mostrado em favor daqueles que peticionam os casos ao Tribunal, mantendo as decisões proferidas não apenas em acordo com os direitos garantidos pela Carta Africana, mas também em acordo com o Direito Internacional como um todo²⁸⁸.

Neste aspecto, o artigo 27º da Carta Africana traz que “*Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum*”²⁸⁹, e a Comissão Africana adota este dispositivo como a única autorização legal prevista pela Carta para a legítima limitação e restrição de Direitos Humanos²⁹⁰. Ainda, a Comissão afirma que a limitação de direitos pode ser feita apenas quando servir para garantir um interesse legítimo do Estado, de modo estritamente proporcional com a necessidade de se garantir as vantagens que serão obtidas por meio destas restrições e limitações²⁹¹, devendo os Estados, de modo geral, se abster de restringir e limitar direitos – principalmente aqueles garantidos pelas normas constitucionais e pelos princípios e regras do Direito Internacional²⁹².

Sistema Europeu

O sistema regional europeu de proteção aos Direitos Humanos tem uma vasta quantidade de jurisprudência – inclusive concernente à limitação de direitos, que encontra respaldo legal, como vimos, principalmente nos artigos 18º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e 52º, §2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal, entretanto, costuma acompanhar a alegação de violações de outros direitos garantidos por demais artigos da Convenção – uma vez que o artigo 18º

²⁸⁸ Id., p. 112.

²⁸⁹ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 27º, §2.

²⁹⁰ Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em “*Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96 (1998)*”, §68.

²⁹¹ Id., §69.

²⁹² Id., §65.

autoriza a limitação de direitos dentro dos parâmetros estabelecidos pela própria Convenção. Isso não significa dizer que o Tribunal não aprecie o mérito quando há alegadas violações ao artigo 18º: há casos em que se considerou que os direitos dos indivíduos foram restringidos e limitados fora do escopo determinado pela Convenção, sendo possível mencionar, de forma mais recente, o caso *Azizov e Novruzlu V. Azerbaijão*²⁹³, em que os requerentes tiveram sua liberdade restringida por motivos políticos.

Uma vez que o artigo 18º da Convenção – bem como o 52º, §2, da Carta de Direitos Fundamentais – determina que a limitação de direitos pode ser feita apenas dentro dos parâmetros estabelecidos pelos próprios instrumentos²⁹⁴, devemos, portanto, analisar estes ditos parâmetros.

Quando da leitura dos artigos 5º (direito à liberdade e à segurança), 8º (direito à vida privada e familiar), 9º (direito à liberdade de crença e religião), 10º (direito à liberdade de expressão) e 11º (direito à liberdade de reunião e associação), temos, para além do *caput* destes artigos, a previsão recorrente de que estes direitos não podem ser objetos de limitações ou restrições “*senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem*”²⁹⁵. Ora, mesmo o direito à não-discriminação, como já vimos, não é absoluto, sendo autorizada a promoção de ações afirmativas para garantir a igualdade. No que diz respeito à Carta de Direitos Fundamentais, os limites dos direitos também são aqueles impostos pelos próprios instrumentos que os garantem.

Não surpreende, portanto, que o TEDH emita jurisprudências que reforcem a posição legalmente estabelecida pelos instrumentos jurídicos. Reiteradas alegações de violação ao direito à vida privada e familiar (artigo 8º da Convenção) foram desconsiderados pelo Tribunal por estarem em acordo com a lei: aqui, podemos citar o caso *Xhoxhaj V. Albania*, em que o Tribunal considerou que a interferência existiu de fato mas, além de estar de acordo com a lei interna, também correspondia à necessidade de uma sociedade democrática²⁹⁶; e o

²⁹³ Case of *Azizov and Novruzlu V. Azerbaijan*, §§56-62 e §93, (3).

²⁹⁴ Para mais, *cfr.* UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights – Limitation on use of restrictions on rights*. Abr. 2022.

²⁹⁵ Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 9º, §2.

²⁹⁶ Case of *Xhoxhaj V. Albania*, §§374-414.

caso *Boffa e 13 Outros V. San Marino*, em que o Tribunal considerou que a interferência também existiu por conta da exigência da vacinação compulsória, mas correspondia às necessidades de uma sociedade democrática, especificamente quanto à proteção da saúde pública, estando a imposição da vacinação compulsória dentro das margens de apreciação de cada Estado²⁹⁷.

Da mesma forma, petições contendo pedidos de reconhecimento de violação ao direito à liberdade de expressão e à liberdade de consciência e religião foram reiteradamente negadas pelo Tribunal – como nos casos *Osmanoğlu e Kocabaş V. Suíça*; e, novamente, *Boffa e 13 Outros V. San Marino*; pelas alegadas violações tanto à liberdade de expressão quanto à liberdade de crença e religião –, sendo que a interferência com o direito à liberdade de religião do caso *Osmanoğlu And Kocabaş V. Suíça* foi considerada como justificada 1) primeiro, por estar prescrita em lei de forma clara e precisa²⁹⁸; 2) segundo, por caracterizar um objetivo legítimo²⁹⁹; e, terceiro, 3) porque era necessária em uma sociedade democrática³⁰⁰, estando de acordo com todos os requisitos para que uma interferência fosse considerada legítima e legal; e as interferências do caso *Boffa*, no que tange à liberdade de religião, foram justificadas pela proteção do coletivo – onde o Tribunal afirmou que a aceitação de uma crença não garante, de forma perpétua, o direito de agir na esfera pública conforme dita crença, sendo a obrigação de vacinar aplicável a todas as pessoas, independentemente da crença adotada³⁰¹ –, e, no que tange à liberdade de expressão, nem sequer existiram³⁰².

Ainda, para o TEDH, a interferência e a limitação de direitos devem corresponder à necessidade em uma sociedade democrática³⁰³ – conforme mostramos através da decisão proferida no caso *Osmanoğlu And Kocabaş V. Suíça*. Krasser afirma que o principal enfoque

²⁹⁷ Case of Boffa and 13 Others V. San Marino, p. 35.

²⁹⁸ Case of Osmanoğlu e Kocabaş V. Suíça, §§50-55

²⁹⁹ Id., §§63-65. O objetivo legítimo considerado pelo Tribunal refere à integração das crianças no âmbito escolar, a fim de que nenhuma criança – principalmente filhos de imigrantes – fossem excluídos pelos demais colegas. Assim, o bem-estar da criança foi tido como prioridade.

³⁰⁰ Id., §§94-106.

³⁰¹ Id., p. 34.

³⁰² Id., p. 36.

³⁰³ O *case law* recente “*Case of Big Brother Watch and Others V. The United Kingdom*” traz a afirmação do Tribunal de que – no âmbito de proteção e limitação, nomeadamente, do direito à privacidade, à proteção de informações pessoais, e o direito à liberdade de expressão –: “[...] *Limitations on the exercise of those rights had to be provided for by the law, respect the essence of the rights, and be proportionate, necessary, and genuinely meet the objectives of general interest recognized by the European Union or the need to protect the rights and freedoms of others*”.

do Tribunal, na verdade, é o cumprimento com este requisito para que uma limitação ou restrição de direitos seja considerada como legítima³⁰⁴.

Esta necessidade – além de remeter ao debate jurídico-filosófico que apresentamos anteriormente sobre a predileção do bem-estar coletivo em contraponto com o respeito à liberdade individual – está diretamente ligada à proporcionalidade das medidas implementadas³⁰⁵. Também trouxemos, quando abordamos os requisitos para a limitação de direitos dentro da jurisprudência da CIDH, que é necessário que os Estados obedeçam aos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade. Referente à vacinação compulsória, Anja Krasser³⁰⁶ afirma que o princípio da proporcionalidade seria respeitado quando os Estados considerassem 1) os riscos advindos da aplicação da vacina em questão quando 2) comparados com a doença contra a qual pretende-se imunizar, além 3) do risco individual corrido pela pessoa que se pretende vacinar e 4) o índice de contágio da doença. Destarte, a implementação da exigência da vacinação compulsória de uma vacina com poucos efeitos colaterais estaria justificada pelo princípio da proporcionalidade, assim como a vacinação contra uma doença altamente transmissível. Entretanto, não corresponderia a este princípio a vacinação compulsória de uma pessoa com contraindicações permanentes, uma vez que, nesta situação, o Estado estaria efetivamente violando os direitos desta pessoa. No que tange à transmissibilidade, mesmo que uma doença não seja altamente transmissível – como o tétano, por exemplo – a vacinação compulsória estaria em acordo com o princípio da proporcionalidade mediante a justificativa de aliviar a carga remetida aos hospitais³⁰⁷, uma vez que o bom funcionamento de instituições de saúde garante a manutenção da saúde pública.

No mais, no que concerne à liberdade de circulação – cuja violação foi alegada por Zambrano, conforme veremos adiante –, remetemos, aqui, ao estudo e às conclusões de Arnaldo Ourique, que envolvem a situação pandêmica e as consequentes restrições à liberdade das pessoas nos Açores – que, por ser uma região de Portugal, consideramos como parte do sistema europeu. Conforme Ourique, foram diversos os casos de impetração de *habeas corpus* com o intuito de fazer valer o direito à liberdade quando da implementação

³⁰⁴ KRASSER, A. *Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the ECtHR*. ICL Journal, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 207–233, 2021 p. 227.

³⁰⁵ Id., p. 229.

³⁰⁶ Id., p. 231.

³⁰⁷ Id., p. 232.

das medidas de quarentena³⁰⁸. Já sabemos que o direito à liberdade de locomoção ou de circulação, qualquer que seja a nomenclatura adotada, não é um direito absoluto, admitindo limitações. Entretanto, mais uma vez referimos à necessidade da proporcionalidade e da legalidade.

Ora, o estudo realizado e relatado por Ourique deixa demonstrado que, no caso dos Açores, não existiu esta proporcionalidade. Por óbvio que, dado o cenário pandêmico, os Açores objetivavam a proteção da saúde pública. Entretanto, as pessoas cuja liberdade de locomoção foi limitada – por lei, veja bem – foram contidas em quartos de hotéis cujos custos deveriam ser arcados pela própria pessoa³⁰⁹.

Também não se respeitou, tampouco, o princípio da legalidade. Mesmo que a imposição da limitação de liberdade tenha sido determinada em razão da lei que, no caso em pauta, tratava-se de um decreto – e não obstante a discussão já realizada sobre o sentido de “lei” –, conforme discorrido por Ourique, a Constituição dos Açores especifica que as leis em matéria referente à restrição de direitos só podem ser promovidas pela Assembleia da República³¹⁰. A imposição de quarentena nesta situação, portanto, não condiz com o princípio da legalidade – mesmo que tenha sido imposta por um dispositivo que *seria* considerado “lei” pelo Tribunal; entretanto, mesmo que fosse o caso, não podemos esquecer que, mais do que caracterizar uma “lei”, a imposição deve, sobretudo, ser condizente com as normas constitucionais internas para que correspondam ao princípio da legalidade, uma vez que os Tribunais nacionais, como já mencionamos, constituem a “primeira linha de defesa” de direitos e liberdades fundamentais. Não houve, destarte, qualquer respeito, por parte da legislação dos Açores, aos princípios da legalidade e da proporcionalidade – posição apresentada por Ourique³¹¹ e com a qual concordamos.

³⁰⁸ OURIQUE, Arnaldo. *Os Direitos Humanos em Regime Político Autônomo. O Caso dos Açores no Âmbito da Pandemia Covid-19*. De Legibus - Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa, n. 2, p. 33, jan. 2022. §12.

³⁰⁹ Id., §14.

³¹⁰ Id., §17.

³¹¹ Id., §§27 e 44. Na Tchécua e na França, portanto, como em diversos outros Estados, a lei secundária pode determinar medidas de restrições de direitos, enquanto nos Açores é preciso que a lei primária o faça. Sobre a implementação de restrição de direitos durante a pandemia por uma lei primária – especificamente no caso da Ucrânia –, *cfr.* KIVALOV, S. *Ensuring the Human Rights and Freedoms in the Context of the Pandemic Covid-19*. [s. l.], 2020.

Não queremos dizer, de forma alguma, que a imposição de medidas de quarentena – ou um lockdown – seriam sempre ilegais quando feitas através de decretos ou leis infraconstitucionais – já vimos que leis secundárias são consideradas como leis para os fins determinados pelos artigos dos instrumentos de proteção de Direitos Humanos, e veremos os *case law* mais adiante em que, em ambos os casos, as legislações e medidas implementadas foram feitas por meio de leis secundárias. O que queremos dizer é que, para além das restrições estarem *explicitamente* previstas em lei – qualquer que seja seu grau hierárquico –, a lei que o faz deve ser, também, autorizada para tal no âmbito normativo interno, não sendo razoável, proporcional, ou legal, a imposição de uma restrição de direitos por meio de uma lei secundária quando a Constituição interna determina especificamente que esta é uma competência exclusiva de terceiros, como no caso em pauta.

Conclusões da Seção

Temos, assim, que, dentro de uma sociedade democrática, a prioridade deve sempre ser a proteção do bem-estar coletivo, mesmo que esta proteção interfira – como geralmente o faz – com direitos e liberdades individuais: um posicionamento nada recente que permeia as discussões e teorias jurídico-filosóficas e é adotada pelo legislador – nacional e internacional – que, quando da elaboração dos instrumentos jurídicos de proteção de Direitos Humanos, inseriu em diversos direitos previstos e protegidos por estes instrumentos a possibilidade de limitação e restrição, dadas as devidas circunstâncias.

A prática jurídica não diverge desta posição, conforme observamos através das jurisprudências trazidas para este trabalho. Particularidades regionais e divergências legislativas dentro dos Estados não obstam para a aplicação da visão original do legislador internacional, e os órgãos e Tribunais responsáveis pela proteção de Direitos Humanos convergem em uma prática jurídica que prima pela proteção do coletivo e da saúde pública, proferindo sentenças e pareceres que objetivam, afinal, que os Estados também adotem esta posição – independentemente do nível de relutância de sua população.

É claro que a prática interna dos Estados de cada sistema regional difere: no sistema europeu, devido ao seu próprio histórico, posição geográfica, às necessidades e aos objetivos almejados quando da formação da UE, há uma certa uniformização legislativa interna muito

maior do que no sistema interamericano, por exemplo. Entretanto, observa-se que, ao menos no plano internacional, a busca pela uniformização legislativa permanece.

No mais, percebemos que a adoção da possibilidade de restrição e limitação de direitos, por parte do legislador, pressupõe que sejam respeitadas condições específicas, conforme referimos, por diversas vezes, nesta seção: 1) a necessidade em se proteger os direitos através das medidas adotadas que, via de regra, será pautada pelas condições de restrição específicas apontadas e permitidas pelos próprios artigos que consagram os direitos; 2) a proporcionalidade destas medidas, dada pelo cálculo do quanto o direito limitado será afetado em contraponto com o direito que se pretende proteger; e 3) a legalidade das medidas, que devem ser sempre previstas em lei – independentemente do grau hierárquico destas leis –, desde que as leis que as preveem tenham capacidade normativa para tal, não conflitando com determinações normativas internas hierarquicamente superiores.

V – Case Law

Quando abordamos temas e questões delicadas e de grande repercussão, faz-se necessário um maior uso de cuidado e cautela a fim de que não sejam cometidas injustiças ou para que não sejam tomadas decisões partidárias. Com isso em mente, acreditamos que a melhor forma de analisar um tema como este é através de um – ou mais – estudo de casos práticos, em que são trazidas à tona as visões e argumentações de todas as partes envolvidas.

Nesta seção, faremos a apresentação de dois casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – já mencionados no decorrer deste trabalho – que contestaram a vacinação compulsória em dois momentos diferentes: primeiro, o caso *Vavříčka e Outros V. Tchêquia*, que já há anos questionou a obrigatoriedade da vacinação em crianças – mas que teve julgamento proferido apenas em 2021 –, e, em seguida, o caso *Zambrano V. França*, que levantou o questionamento sobre a vacinação compulsória contra a COVID-19 e sobre as medidas coercitivas impostas aos que não se submetessem à vacinação. Em ambos os casos, foram arguidas violações a diversos Direitos Humanos, bem como – o que será nosso foco principal de discussão no final deste trabalho – a discriminação daqueles que decidiram por não se vacinar, ou por não vacinar seus filhos – constituindo aquilo que chamamos de “*discriminação sanitária*”.

Nosso objetivo, nesta seção, é trazer os fatos narrados no julgamento, as leis questionadas e os direitos alegadamente violados, bem como as decisões tomadas pelo Tribunal.

Queixas dos Europeus ao TEDH Sobre as Medidas Contra a COVID-19

Com o advento da pandemia, manifestações anti-vacina começaram a ganhar força em diversos países – principalmente aquelas movidas por um cunho partidário, geralmente vinculado aos ideais políticos “de direita”. Argumentos que abrangem desde a ineficácia da vacina – por estar em fase experimental, por exemplo, ou apenas por se tratar de uma intervenção médica ineficiente como um todo – até a inserção de microchips para rastreamento da população foram utilizados. Entretanto, os principais argumentos levantados face aos Tribunais foram com base na violação de direitos e garantias

fundamentais – como a não obrigatoriedade de se submeter a tratamentos médicos –, e, mais, a violação de Direitos Humanos – como o direito à vida privada e à liberdade religiosa.

Entretanto, apesar disso, a vacina contra a COVID-19 foi feita “obrigatória” em diversos países, sendo, até mesmo, criado um “passaporte da vacina” para garantir que as pessoas estivessem vacinadas e devidamente protegidas. Não seria possível, no ápice da pandemia, utilizar transportes coletivos – como aviões –, entrar em bares e restaurantes, ou mesmo visitar parentes em casas de cuidados, sem que a pessoa estivesse devidamente vacinada ou apresentasse um teste confirmando estar negativado para COVID. A criação desta obrigatoriedade ensejou diversas manifestações mundiais e – de forma mais local e de interesse para nosso trabalho –, diversas pretensões judiciais que buscavam eliminar esta exigência. Todavia, veremos que a imposição da vacinação não é uma novidade introduzida neste período pandêmico, mas que já havia sido introduzida, há muitos anos, em diversos países e para diversas doenças.

Seguindo a principal argumentação de que a obrigatoriedade da vacina contra a COVID seria uma manifesta violação de Direitos Humanos, diversas ações foram enviadas para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos destacando-se, aqui, duas situações francesas: a primeira, um pedido que envolveu 672 bombeiros, e a segunda, que envolveu mais de 18 mil casos no Tribunal, todos enviados como uma “class action” por um único cidadão francês – falamos, aqui, do caso *Zambrano v. França*, que será o caso francês abordado mais adiante nesta seção, por se tratar do caso mais recente.

Para além disso, o outro caso que já mencionamos e que será o primeiro objeto de discussão neste trabalho é o caso *Vavříčka e Outros V. Tchêquia*, em que o Tribunal optou por juntar os pleitos judiciais remetidos por diversos autores e proferir sentença única, visto serem casos deveras similares e com as mesmas argumentações legais. Apesar de se tratar de uma ação que não teve seu início durante a pandemia, tem um julgamento que abrange a obrigatoriedade da vacina como um todo, bem como a legalidade das consequências impostas quando do não cumprimento destas últimas e, destarte, é extremamente relevante.

Caso Vavříčka

Começaremos nossa abordagem dos casos práticos que pretendemos discutir neste trabalho com o *Caso Vavříčka e Outros V. Tchêquia*. Não é, como dissemos, um caso levado

para o Tribunal recentemente – como o caso *Zambrano*, que abordaremos adiante –, mas possui julgamento recente, proferido em 2021, que perfaz uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de extrema relevância para nossa argumentação, abordando a obrigatoriedade da vacina em crianças com idade para frequentar creches, a legalidade ou não desta imposição, além da legalidade do consequente impedimento da frequência destas crianças nas creches e das coimas pecuniárias aplicadas aos pais ou responsáveis infratores.

Ora, para começarmos a abordagem deste caso, precisamos reiterar que não se trata de uma obrigação imposta pelo advento da pandemia, mas já decorre há vários anos e tem como objetivo questionar a obrigatoriedade da vacina em crianças que pretendam frequentar creches, antes do início da escolaridade obrigatória – também imposta pela lei do Estado. Esta vacinação compulsória abrange diversos tipos de doenças contagiosas que, a título de informação, já têm vacinas aceitas e com eficácia comprovada no mercado há vários anos. Ainda, não se trata apenas de um único requerente, mas de seis requerentes distintos – eis o motivo de ser “*Vavříčka e Outros*” – com pleitos similares que, para dar jus ao princípio da celeridade processual, foram unificados em um único julgamento.

As leis questionadas

O Tribunal, antes de analisar o mérito dos pedidos dos requerentes e proferir julgamento, apresenta os fatos concernentes ao processo que são relevantes para uma tomada de decisão justa e acertada. Neste processo em particular, temos o questionamento da validade de uma série de leis e regulamentos internos, em vigor no Estado tcheco, que implementam a vacinação obrigatória contra um conjunto de doenças, consideradas contagiosas, a todos os residentes permanentes e estrangeiros com autorização de residência prolongada no país.

O “*Ato de Proteção à Saúde Pública*”³¹² – Lei Nº 258/2000 – estipula, em seu capítulo III, §46, 1º, a vacinação regular obrigatória e, ainda, explica que os pormenores desta obrigatoriedade estariam definidos em uma lei secundária – nomeadamente pelo Decreto Nº 439/2000 “*Vacinação Contra Doenças Infecciosas*”:

“A natural person, who has a registered permanent place of residence in the territory of the Czech Republic, and a

³¹² *Zákon o ochraně veřejného zdraví.*

foreigner, who has been permitted long-term residence in the territory of the Czech Republic, shall be obliged to undergo regular vaccination of the set type in cases and terms specified in a regulation for implementation [...]”³¹³.

No mais, deixa claro que os responsáveis pelo cumprimento dos requisitos de vacinação para crianças com menos de 15 anos de idade recai sobre os pais ou responsáveis legais³¹⁴. Também determina que pessoas que porventura exerçam atividade laboral em locais cujo risco de contração e contágio de doenças seja maior devem, por sua vez, submeter-se à vacinação compulsória especial, de acordo com o local em que trabalham e as doenças em questão.

Ao continuarmos a leitura do texto da lei, o §46, 2º, determina que todas as pessoas naturais que devem ser submetidas ao processo de vacinação compulsória devem passar por exames médicos a fim de determinar sua imunidade e que, no caso de possuírem uma imunidade comprometida, não devem ser vacinados, devendo o estabelecimento médico responsável por conduzir os exames emitir um laudo em que explica e atesta estas condições. Temos, portanto, uma exceção ao dever de vacinação obrigatória: quando a vacina, comprovadamente, trará mais malefícios do que benefícios para a saúde do indivíduo, uma vez que não seria razoável que se exigisse de uma pessoa que colocasse em risco, deliberadamente, a própria saúde:

“Prior to carrying out of regular and special vaccination, in cases specified in a regulation for implementation, a natural person shall be obliged to undergo examination of the state of immunity (resistance). The regular and special vaccination shall not be carried out if immunity against infection is established or if a health condition is established which prevents administering of the vaccination substance (permanent contraindication). The medical facility shall issue a document confirming such facts to the

³¹³ Decree no. 439/2000, Vaccination Against Infectious Diseases, §46, 1º.

³¹⁴ Id., §46, 4º.

concerned natural person and shall enter the reason for not carrying out vaccination in the medical documentation”³¹⁵.

A lei tcheca estabelece, ainda no capítulo III, em seu §49, que as vacinas aprovadas pelo Estado serão pagas por este quando não forem objeto de cobertura de planos de saúde nacionais³¹⁶. Entretanto, a pessoa natural que deve se submeter à vacinação pode escolher uma vacina diferente daquela aprovada pelo Estado e, nestas situações, estas vacinas deverão ser pagas pela própria pessoa que a escolheu.

Temos, portanto, um conjunto de regras que definem que a) a obrigação de vacinação aplicada para todas as pessoas naturais residentes, ou estrangeiros com autorização de residência prolongada no Estado Tcheco primando, assim, pela prevenção e pelo controle da disseminação de doenças contagiosas; b) a autorização de não vacinação em casos comprovados de contraindicação permanente, colocando, em primeiro lugar a saúde do indivíduo; c) a responsabilidade do Estado em arcar com as despesas referentes à vacinação obrigatória, seja ela regular, especial ou extraordinária.

A lei, a seguir, em seu §50, determina que as creches e pré-escolas apenas podem aceitar crianças que tenham sido submetidas aos procedimentos de vacinação obrigatórios, ou que tenham um documento emitido pela entidade de saúde competente atestando e comprovando que possuem contraindicações permanentes³¹⁷. Também ficou estabelecido, no §52, que as instituições de ensino são obrigadas a informar aos órgãos de proteção de saúde pública competentes quando constatarem que uma ou mais crianças não cumpriram com os requisitos de vacinação³¹⁸. Uma outra lei do Estado tcheco que vigorava à época do pleito iniciado pelos requerentes – “*Minor Offences Act*”³¹⁹ – determinava que cometia uma infração penal aquele que, como representante legal das crianças menores de 15 anos, não

³¹⁵ Decree no. 439/2000, Vaccination Against Infectious Diseases, §46, 2°. Neste sentido, inclusive, concordamos com a posição de PAPLICKI, Mateusz et al. *Conflict of individual freedom and community health safety: legal conditions on mandatory vaccinations and changes in the judicial approach in the case of avoidance*. Family Medicine & Primary Care Review, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 389–395, 2018, p. 393, quando dizem que a obrigação em se vacinar não comporta apenas a vacina em si, mas, também, a obrigação em realizar testes que garantam que a pessoa não possua qualquer tipo de contraindicação para que possa ser vacinada.

³¹⁶ Decree no. 439/2000, Vaccination Against Infectious Diseases, §49: “*Vaccination substances [...] with the exception of substances that are paid from the public health insurance, shall be paid from the means of the state budget [...]*”.

³¹⁷ Decree no. 439/2000, Vaccination Against Infectious Diseases, §50.

³¹⁸ Id., §52.

³¹⁹ “*Zákon o přestupcích*”, Lei N° 200/1990.

cumprisse com a obrigatoriedade da vacinação³²⁰ e, para estes infratores, deveria ser aplicada uma coima de 10.000 coroas tchecas³²¹ (o equivalente, à época do julgamento, à cerca de 400 euros).

Neste ínterim, o Tribunal relata que há ainda um diploma legal em vigor no Estado tcheco – nomeadamente “*Compensation for Health Damage due to Compulsory Vaccination Act*”, criado pela Lei N° 116/2020 –, que determina a eventual responsabilização do Estado em caso de negligência ou culpa durante a administração de uma vacina compulsória que venha a causar danos de saúde para a pessoa vacinada – e, para além desta previsão em caso de negligência, a lei tcheca estabelece que toda pessoa que venha a sofrer qualquer dano colateral advindo de qualquer vacina compulsória terá os custos médicos associados ao tratamento destes danos colaterais coberto pelos planos de saúde públicos³²². Temos, portanto, um sistema legal que, além de impor obrigações à população geral no plano da proteção da saúde pública, também impõe obrigações próprias e direitos que podem ser exigidos por parte de seus nacionais caso uma situação não ocorra da forma pretendida e a saúde do indivíduo venha a ser prejudicada.

Argumentação das Partes

A argumentação dos requerentes envolvidos aborda diversos artigos da Convenção, sendo eles os artigos 2º, 6º, 8º, 9º, 13º e 14º, além dos artigos 5º e 6º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (Convenção de OVIEDO³²³). Vejamos os detalhes dos casos e as argumentações utilizadas pelas partes para justificar a efetiva violação destes artigos:

O primeiro requerente, o Sr. Vavříčka, foi considerado culpado de cometer uma infração penal estabelecida pela lei N° 200/1990, mencionada anteriormente, recaindo

³²⁰ Minor Offences Act, “*Zákon o přestupcích*”, §29, 1º, f: “... f) as the legal representative of a minor natural person, or a natural person to whom the minor natural person has been entrusted by a decision of a court or other authority to foster care or custody, does not ensure that a minor natural person who has not been found to be immune to infection or a medical condition that prevents the administration of the vaccine (permanent contraindication), undergoes the specified regular vaccination...”.

³²¹ Minor Offences Act, “*Zákon o přestupcích*”, §29, 2º: “(2) For an offense under paragraph 1 letter a) to h) and j), n), p), q), s) and t) may be imposed a fine of up to CZK 10000...”.

³²² Case of Vavříčka and Others V. The Czech Republic, §207.

³²³ Faz-se necessário, aqui, apontar o fato levantado pelo Tribunal e pelo próprio Sr. Vavříčka de que a Convenção de OVIEDO faz parte da ordem legislativa interna da Tchécua e, ainda, tem precedência sobre os estatutos que perfazem o regime jurídico tcheco em casos de conflitos de leis, conforme o estabelecido pela Constituição Tcheca, em seu artigo 10º: “*Promulgated treaties, to the ratification of which Parliament has given its consent and by which the Czech Republic is bound, form part of the legal order; if treaty provides something other than that which statute provides, the treaty shall apply*”.

especificamente no artigo 1 (f), e 2 do parágrafo 29 da lei, estando, assim – como responsável legal – violando o dever de vacinar seus dois filhos menores de 15 anos contra a poliomielite, o tétano e a hepatite B, tendo sido multado em cerca de 110 euros à época de sua indicição. Vejamos, novamente, o dispositivo legal, a fim de contextualização:

“f) as the legal representative of a minor natural person, or a natural person to whom the minor natural person has been entrusted by a decision of a court or other authority to foster care or custody, does not ensure that a minor natural person who has not been found to be immune to infection or a medical condition that prevents the administration of the vaccine (permanent contraindication), undergoes the specified regular vaccination [...]”³²⁴

Insatisfeito com a decisão do Estado tcheco, o requerente seguiu pelas vias judiciais que tinha disponíveis alegando, no decorrer dos processos, que seus Direitos Fundamentais, Constitucionais e Humanos estavam sendo violados. Sua principal linha argumentativa afirmava que as imposições estatais violavam seu direito em recusar quaisquer tipos de intervenções médicas – direito este consagrado pelo artigo 5º da Convenção de OVIEDO –, além do seu direito de manifestar quaisquer ideologias religiosas³²⁵, referente ao artigo 9º da Convenção, uma manifesta violação à sua integridade física – protegida pelo artigo 2º da Convenção – e à sua vida privada e familiar.

O segundo requerente, a Senhora Novotná, teve o processo iniciado por seus representantes legais, visto se tratar de uma cidadã menor de idade à época. Sucede que a requerente teve sua admissão em uma creche aprovada em 2006, quando tinha cerca de 3 anos de idade, mas teve seu processo de admissão revisto e, conseqüentemente, revogado, quando o responsável pela instituição foi informado pelo pediatra da requerente que – contrário ao que estava indicado nos documentos fornecidos pela representante legal – esta não havia recebido as vacinas obrigatórias contra sarampo, caxumba e rubéola.

³²⁴ Minor Offences Act, “*Zákon o přestupcích*”, §29, 1º (f).

³²⁵ Entretanto, faz-se necessário mencionar que o requerente, nesta situação, apenas levantou o seu direito à manifestação religiosa quando o processo já se encontrava em um estado avançado, com uma argumentação subsidiária, e utilizou-se, de forma majoritária, apenas do seu direito à recusa em intervenções médicas.

Descontente com a decisão, a representante legal da requerente iniciou os devidos procedimentos legais afirmando – assim como o fizera o Senhor Vavříčka e utilizando-se dos mesmos dispositivos legais – que não era possível obrigar alguém à se submeter a quaisquer intervenções médicas sem seu devido consentimento³²⁶ – sendo a vacinação, inclusive, um procedimento ineficaz de acordo com a “opinião de especialistas” –, e, além, que a revogação da aceitação da requerente pela instituição de ensino violava o seu direito – Humano e Fundamental – à educação, conforme estabelecido pelo artigo 2º do Protocolo 1 da Convenção³²⁷, além do seu direito à livre manifestação de religião e pensamento, conforme o já mencionado artigo 9º.

A seguir, temos o terceiro requerente abrangido pelo processo em pauta. O Sr. Hornych, também representado por seus responsáveis legais, do mesmo modo que a Senhora Novotná, teve sua admissão à uma instituição de ensino pré-escolar negada por não ter se submetido às vacinações obrigatórias necessárias. Mais especificamente em seu caso, seus representantes legais afirmam que, apesar do requerente sofrer com várias enfermidades desde tenra idade, nunca se negaram em vacinar o filho e que só não o fizeram porque não houve uma recomendação personalizada por parte do pediatra. Ainda, no processo de admissão para a instituição de ensino, o pediatra preencheu os documentos necessários afirmando que o requerente não havia sido vacinado, mas, em conjunto com este documento, foi enviada uma nota manuscrita – cuja posterior aferição determinou não ter sido emitida pelo mesmo pediatra – informando que não faltavam quaisquer vacinas obrigatórias para o requerente.

A argumentação utilizada no decorrer dos processos legais percorridos pelos representantes do requerente afirmava que a falta de uma recomendação personalizada de vacinação fazia com que o requerente não precisasse, portanto, ser vacinado e que, desta forma, não havia qualquer violação à lei em vigor. Alegaram, ainda, a violação dos artigos 6º, §1 – direito à justiça, ou “fairness”, dado o fato de que lhe foi negado o acesso à instituição de ensino sem que se houvesse instaurado um processo judicial a fim de determinar se ele estava, ou não, agindo em acordo com a lei nacional –, 8º e 9 da Convenção.

³²⁶ Mais uma vez temos a utilização do artigo 5º da Convenção de OVIEDO.

³²⁷ European Convention on Human Rights, Protocolo I, artigo 2º: “*No person shall be denied the right to education [...]*”.

Por fim, os últimos três requerentes abrangidos pelo *Caso Vavříčka e Outros v. Tchéquia* utilizaram-se de artigos já mencionados em suas respectivas argumentações, quais sejam os artigos 6º, 8º e 9º, alegando a violação de seus direitos a um processo justo, à vida privada, à educação e à liberdade de crença e religião, além do artigo 14º que proíbe a discriminação sem fundamentação legal. As petições foram aceitas pelo Tribunal, visto tratarem-se de ações propostas conforme os requisitos de admissão do TEDH previstos pelo artigo 35º, §1º da Convenção, sendo o principal deles o efetivo esgotamento das vias judiciais domésticas.

Zambrano V. France

Analisando o caso mais recente – *Zambrano V. França* –, podemos observar certa repetição da via argumentativa utilizada no caso *Vavříčka*. Entretanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos rejeitou a ação do requerente por uma série de motivos, o primeiro deles sendo o não esgotamento dos remédios processuais internos – ou seja, o requerente não havia sequer tentado peticionar na França antes de remeter o caso para o Tribunal. Todavia, mesmo ante a rejeição do processo pelo Tribunal, abordaremos os pontos trazidos pelo caso no que concerne aos dispositivos legais que nos interessam, uma vez que os magistrados – apesar do não cumprimento deste requisito ser suficiente para que o Tribunal não precisasse se submeter à apreciação dos fatos – continuaram a analisar, superficialmente, o mérito das questões, para determinar se, de todo modo, a petição mereceria sua especial atenção caso houvesse cumprido com os requisitos de admissibilidade.

Ocorre que o requerente peticionou ao Tribunal visando o questionamento da validade constitucional de diversos diplomas legais franceses que foram aprovados durante o auge do período pandêmico, quais sejam a Lei Nº 2021-689, de 31 de maio de 2021; e a Lei Nº 2021-1040, de 5 de agosto de 2021, e sua consequente alteração do artigo 1º da Lei Nº 021-689, de 31 de maio de 2021 – referentes à gestão da saída da crise sanitária. Ainda, o conteúdo de dois decretos também foi questionado, sendo eles os Decretos Nº 2021-724, de 7 de junho de 2021, e Nº 2021-1059, de 7 de agosto de 2021³²⁸.

Ora, as leis questionadas, como dissemos anteriormente, foram implementadas no auge do cenário pandêmico e tinham por objetivo o melhor controle e mitigação da

³²⁸ Case of Zambrano v. France, §§2 e 3.

propagação do vírus da COVID. Para isso, implementaram medidas não tão convencionais que, segundo a argumentação do requerente, violavam direitos Humanos e Fundamentais. A Lei Nº 2021-689 determinou parâmetros similares aos de um “lockdown”, ou seja, as restrições de movimentação da população – que deveria ser feita apenas quando em caráter emergencial ou de extrema necessidade – dentro do território nacional. Ainda, definiu que o trânsito de e para o território francês – além de precisar se dotado do já mencionado caráter essencial – se daria apenas mediante a apresentação de um comprovativo de vacinação válido, ou mediante a apresentação de um teste virológico negativo. Por fim, determinava que a apresentação dos comprovativos de vacinação ou de testes virológicos negativos também era mandatória para que a população tivesse acesso a quaisquer tipos de evento em voga, incluindo – mas não limitados a – serviços de restauração, atividades de lazer, bares, feiras de comércio, seminários e casas de saúde. As consequências para aqueles que fossem considerados infratores das determinações impostas incluíam coimas e, até mesmo, a pena de privação de liberdade. Os infratores poderiam ser cidadãos que se negassem em apresentar os documentos ou apresentassem documentos falsificados; ou mesmo agentes incumbidos da fiscalização dos documentos exigidos que falhassem nesta fiscalização.

No que diz respeito à Lei Nº 2021-1040 e aos Decretos, a primeira estendeu o período em que as medidas acima descritas estariam em vigor – mantendo, de forma geral, as medidas restritivas e impeditivas de circulação trazidas por sua predecessora –, e os decretos foram responsáveis por trazer medidas gradualmente evolutivas que visavam a transição para um período pós-pandêmico e a reabertura gradual do país.

O requerente, portanto, alegou a violação dos artigos 3º, 8º e 14º da Convenção, além do artigo 1º do Protocolo nº 12, afirmando, com isso, que o passaporte da vacina francês reunia uma série de manifestas violações de Direitos Constitucionais e, conseqüentemente, de Direitos Humanos. Entretanto, examinemos a argumentações apresentadas:

Os artigos elencados por Zambrano perfazem um conjunto de direitos diversos. O Artigo 3º da Convenção proíbe a tortura e o tratamento ou punição desumanos³²⁹; o artigo 8º, por sua vez, como já vimos, garante o direito ao respeito pela privacidade e à vida em

³²⁹ “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

família, incluindo a inviolabilidade do domicílio³³⁰, e, em sua alínea 2, determina que não deve haver interferência a este direito pela autoridade pública³³¹. Por fim, os artigos 14º da Convenção e 1º do Protocolo nº 12 proíbem toda e qualquer forma de discriminação sem fundamentação legal.

A argumentação utilizada por Zambrano afirmava que a violação do artigo 3º da Convenção – proibição da tortura e tratamentos e punições desumanos – se daria por conta do “intenso sofrimento físico³³²” e danos físicos advindos da vacinação e que, ainda, as leis promulgadas caracterizavam punições desumanas por serem instrumentos coercitivos criados para compelir os cidadãos a se vacinar, com intensas medidas de “retaliação” para aqueles que se recusassem. Para Zambrano, não havia real necessidade médica para que os cidadãos fossem forçados a se submeter à vacinação e, também, não era razoável por parte do governo impor esta obrigação sendo que – na opinião do requerente³³³ – as vacinas ainda estavam em fase de teste.

No seguimento de suas alegações, o requerente ainda afirmou que a violação do direito à privacidade e à vida em família ocorreu através da imposição da vacina por parte do Estado que não seria, segundo ele, parte legítima para realizar tal interferência arbitrária, estando o cidadão livre para decidir como vai agir dentro dos limites de sua vida privada. Por fim, argumentou que a violação dos artigos 14º da Convenção e 1º do Protocolo 12 ocorreram diante da imposição de uma coima e da pena privativa de liberdade para aqueles que a) se recusassem a tomar a vacina ou a apresentar o teste virológico negativo, ou apresentassem quaisquer destes dois documentos falsificados; e b) para os agentes responsáveis pelo controle e fiscalização destes documentos que falhassem com suas obrigações. Ora, segundo Zambrano, estas punições caracterizavam nada além de uma óbvia discriminação efetuada pelo Estado, discriminação esta que não estava prevista em lei e, conseqüentemente, seria ilegal³³⁴.

³³⁰ “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.

³³¹ “There shall be no interference by a public authority...”. Entretanto, a redação desta alínea continua estabelecendo um requisito em que, dadas as circunstâncias, pode-se, sim, interferir neste direito. Tratamos disto mais a fundo na seção anterior deste trabalho.

³³² Case of Zambrano v. France, §16.

³³³ Id.

³³⁴ Case of Zambrano v. France, §17.

Ocorreram Violações de DH?

Apesar de tratarmos de casos distintos, em períodos e circunstâncias diferentes, as decisões tomadas foram, de certa forma, semelhantes, seguindo a mesma linha argumentativa – à exceção da não admissibilidade do peticionamento realizado por Zambrano³³⁵, visto que não foram esgotados os remédios internos antes da provocação do Tribunal.

Ora, comecemos pelo caso *Vavříčka e Outros V. Tchéquia*. A principal reclamação suscitada pelas partes foi a de uma constante, clara e recorrente violação de seus direitos mais básicos e fundamentais, estabelecidos, consagrados e protegidos não apenas pela ordem Constitucional interna, mas pela Convenção. Os direitos considerados como os mais violados, como mencionamos anteriormente, foram o direito à privacidade e à vida em família; o direito à liberdade de crença e religião; o direito à educação; o direito à não ser submetido a qualquer tipo de tratamento médico; o direito à não violação da integridade física e, por fim, o direito à não-discriminação. Já no caso *Zambrano V. França*, a principal argumentação foi a violação do direito à livre circulação e, também, do direito à não-discriminação.

Analisando os fatos narrados pelo Tribunal, faz-se claro que, de fato, houve a limitação e a restrição de alguns Direitos Humanos e Fundamentais. Entretanto, a justificativa do Tribunal manteve-se linear e concisa. Foi determinado, quando do julgamento do caso *Vavříčka* em 2021, que os Direitos Humanos e Fundamentais – apesar de serem universalizados e amplamente difundidos, como vimos anteriormente – não são, de todo, irrestritos, ilimitados ou permanentes – como também já pudemos apreciar. Na verdade, a decisão do Tribunal deixa claro precisamente o oposto: de que os Direitos Humanos e Fundamentais são direitos que, de fato e de forma incontestável, são inerentes a todos os seres humanos e dos quais toda e qualquer pessoa humana pode gozar, mas que podem – e devem – ser limitados e restringidos – quando em razão da lei, veja bem – em

³³⁵ Com relação à análise do mérito referente às argumentações feita por Zambrano, ousaremos fazê-la, mais oportunamente, utilizando como base a jurisprudência estabelecida pelo TEDH, uma vez que o mérito, particularmente, não foi de todo contemplado pelo Tribunal visto a imediata não admissibilidade do processo pelo não cumprimento dos requisitos determinados pela Convenção. Assim, acreditamos que teremos base para realizar essa análise nós mesmos.

função da proteção de um outro Direito Humano ou Fundamental que tenha precedência sobre aquele que está a ser limitado ou, nas palavras dos arguentes, violado.

Especificamente no caso *Zambrano v. France*, o TEDH afirma que não poderiam ser considerados como violados ou mesmos limitados os direitos levantados, uma vez que o arguente – e os demais autores da *class action*, diga-se de passagem – não apresentaram sequer uma situação concreta de como teriam sido vítimas ou de como teriam sido prejudicados pelas leis implementadas pelo Estado francês.

“The Court notes, first of all, that the applicant complains *in abstracto* of the inadequacy and inadequacy of the measures taken by the French State to combat the spread of the covid 19 virus. It does not provide information on his personal situation and does not explain specifically how the alleged failures of the national authorities are liable to affect him directly and to target him by reason of any individual characteristics³³⁶”.

Ora, a fim de peticionar perante o TEDH gozando da legitimidade conferida pelo artigo 34º da Convenção, exige-se, conforme jurisprudência do Tribunal, que o requerente seja uma “vítima”, afetada diretamente pelas leis e ações que questiona³³⁷. Pelo contrário, consideraram que o Senhor Zambrano, na verdade, peticionou ao Tribunal em má-fé apenas para congestionar o funcionamento do poder judiciário, abusando do seu poder de petição, visto que o requerente se utilizou de um website, criado por si próprio, para incentivar diversos nacionais franceses a realizarem o download de um arquivo previamente preenchido com os fatos que seriam remetidos ao Tribunal e, ainda, criou vídeos em outra plataforma explicando que estes processos visavam não uma decisão favorável, mas apenas o congestionamento da recepção e apreciação de processos por parte do Tribunal³³⁸.

³³⁶ Case of *Zambrano v. France*, §43.

³³⁷ *Id.*, §40: “*The Court recalls that, in order to rely on Article 34 of the Convention, an applicant must be able to claim to be the victim of a violation of the Convention; the concept of 'victim', according to the Court's settled case-law, must be interpreted autonomously and independently of domestic concepts such as those concerning interest or standing to bring proceedings. The person concerned must be able to demonstrate that he has "directly suffered the effects" of the contested measure [...]*”, conforme estabelecido por jurisprudência consolidada previamente – e mencionada no decorrer do julgamento do presente caso –, no caso *Lambert and Others v. France*.

³³⁸ *Id.*, §§10 e 11.

“In the light of the foregoing, and in particular the objectives openly pursued by the applicant, the applicant's approach is manifestly contrary to the purpose of the right of individual application. In the present case, it is deliberately intended to undermine the mechanism of the Convention and the functioning of the Court, in what it describes as a "judicial strategy" and which is in fact contrary to the spirit of the Convention and the objectives it pursues³³⁹”.

No mais, como dissemos anteriormente, nem mesmo esgotaram-se os remédios processuais internos³⁴⁰ quando o requerente remeteu os casos para o TEDH, e em nenhuma das petições foram indicadas as “razões pessoais” ou os motivos pelos quais os casos estavam a ser enviados. Dessa forma, não havendo provas concretas de que as leis francesas questionadas realmente violavam ou feriam pessoalmente os arguentes de forma que fosse cabível um processo perante o Tribunal – situação que, então, ensejaria uma análise minuciosa do mérito das alegações a fim de determinar se as alegadas violações seriam ou não justificáveis perante a lei –, este último negou provimento.

No caso *Vavříčka* temos uma situação distinta. O Tribunal realmente aceita a afirmação de que alguns direitos apresentados pelos requerentes estavam sendo restringidos – restringidos, veja bem, e não violados –, havendo, inclusive, jurisprudência em casos anteriores que determinavam que as ações praticadas pelo Estado tcheco de fato restringiam a prática destes direitos. A começar pelo artigo 8º da Convenção, temos a seguinte posição:

“The Court has established in its case-law that compulsory vaccination, as an involuntary medical intervention, represents an interference with the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention...”³⁴¹

Entretanto, neste aspecto, afirma veementemente que, no caso concreto, como nenhuma das crianças em pauta havia, de fato, recebido as vacinas compulsórias, não havia como os aplicantes afirmarem que houve efetiva violação e interferência com a vida privada

³³⁹ Id., §38.

³⁴⁰ Id., §22: “*The Court notes, in the first place, that the applicant did not bring an action before the administrative courts on the merits against the regulatory acts of the decrees implementing the laws at issue [...]*”

³⁴¹ Case of *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, §263.

nos termos do artigo 8º da Convenção, nem mesmo a violação da integridade física conforme protegida pelo artigo 2º do mesmo instrumento, uma vez que estas intervenções não haviam sido concretizadas³⁴². No caso do Sr. Vavříčka, em particular, em que se impôs uma coima, considerou-se que de fato haveria uma interferência com sua vida privada – visto que a lei doméstica do seu Estado de residência estabelecia uma conduta e uma consequência para o não cumprimento desta, seja pela própria pessoa ou por seus responsáveis –, não fossem as condições trazidas pelo próprio artigo 8º que justificam legalmente essa interferência³⁴³.

No seguimento do processo temos as alegações do Sr. Vavříčka, da Sra. Novotná e do Sr. Hornych de que tanto a coima aplicada ao Sr. Vavříčka quanto a não admissão da Sra. Novotná e do Sr. Hornych nas instituições de ensino pretendidas seriam contrárias aos direitos³⁴⁴ conferidos pelo artigo 9º da Convenção, que garante o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião:

“Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom [...] to manifest his religion or belief, [...]”³⁴⁵.

Ora, sabemos que há diversas religiões com diversos dogmas aplicados na vida de seus respectivos fiéis e que, algumas delas, realmente não aceitam a interferência corporal – por se tratar de uma violação –, e acabam rejeitando aqueles membros da suas respectivas igrejas que venham a se submeter a elas³⁴⁶ – o que, nestas situações, culmina em uma óbvia consequência negativa para os praticantes destas religiões. Entretanto, não foi o que o Tribunal considerou quando da apreciação das alegações dos já mencionados requerentes.

O TEDH considerou que nenhum dos três requerentes, de fato, continha fundadas razões religiosas para negar a vacinação das crianças e que, portanto, a violação arguida por

³⁴² Id.

³⁴³ Para mais sobre as alegadas violação de Direitos Humanos no caso Vavříčka, em particular sobre as alegadas violações ao artigo 8º, *cf.* VINCETI, S. R. COVID-19 *Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights*. Acta bio-medica : Atenei Parmensis, [s. l.], v. 92, n. S6, p. e2021472, 2021.

³⁴⁴ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §313.

³⁴⁵ European Convention on Human Rights, artigo 9º, §1º.

³⁴⁶ Temos como exemplo, aqui, os casos das Testemunhas de Jeová que não aceitam, de forma alguma, a transfusão de sangue – nem quando a falta desta pode resultar na morte da pessoa. Esta convicção já acarretou diversos processos judiciais no Brasil, por exemplo, em que médicos realizam a transfusão de sangue de qualquer forma a fim de salvar a vida de seus pacientes, mesmo sem a autorização dos pais ou dos companheiros, e, depois, são processados por aqueles que não deram consentimento por terem violado sua fé.

eles não estava relacionada à liberdade de religião, mas de pensamento e consciência³⁴⁷. No entanto, foi afirmado pelos magistrados que este aspecto do artigo 9º não havia sido efetivamente analisado previamente pelo Tribunal – apesar de ter sido considerado, de forma breve, em casos anteriores³⁴⁸, em que se determinou que o artigo em pauta não garantia, no mais das vezes, a prática de todo e qualquer ato impulsionado por um pensamento. No mais, é do entendimento do Tribunal de que nem todas as convicções e opiniões constituem pensamentos protegidos pelo artigo 9º³⁴⁹.

No que tange às alegações feitas pelo Sr. Vavříčka, especificamente, foi afirmado pelo Tribunal que não houve uma constância ou mesmo uma consistência nos argumentos levantados no decorrer dos processos promovidos pelas vias domésticas: ora, *a priori*, como mencionamos anteriormente, sua defesa focava em questões relacionadas à saúde e à proteção do bem-estar de seus filhos. Apenas em um segundo momento, de forma subsidiária, foi levantada a preocupação com a liberdade de crença e religião, sendo que, mesmo de forma subsidiária, o Tribunal considerou que o Sr. Vavříčka não aprofundou seus argumentos, falhando em fornecer motivos e provas concretas demonstrando como a sua liberdade de crença e religião seria afetada mediante a determinação da vacinação compulsória de seus filhos³⁵⁰. O Tribunal considerou, assim, que a simples convicção de que vacinas são prejudiciais à saúde não satisfaz às condições de proteção sob o artigo 9º, não sendo, portanto, um pleito admissível, e considerou que os direitos sob a égide deste artigo de nenhum dos três requerentes haviam sido violados – e nem mesmo limitados, como seria permitido pelo §2º do mesmo.

Os demais pleitos levantados pelos requerentes foram rejeitados pelo Tribunal, que baseou sua decisão na falta de provas suscitadas pelas partes que demonstrassem a efetiva violação de seus direitos.

³⁴⁷ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §330.

³⁴⁸ Para mais, ver *Boffa and Others v. San Marino*.

³⁴⁹ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §333.

³⁵⁰ *Id.*, §29, §334, §335.

Vacinação Compulsória, Discriminação Sanitária e Limitação de Direitos: Decisões do TEDH no Case Law

Pudemos aferir, no decorrer desta dissertação, que existem conflitos entre diversos direitos quando abordamos o assunto da vacinação compulsória – seja em crianças, seja no cenário pandêmico atual –, principalmente no âmbito dos Direitos Humanos e Fundamentais e, ainda, no âmbito do interesse dos Estados em proteger sua população para garantir o bom funcionamento da sociedade – posição também adotada por Francesca Camilleri³⁵¹. Resta saber quais as posições adotadas pelo TEDH no caso *Vavříčka* para justificar a vacinação compulsória de crianças na Tchéquia – posições estas que poderemos aplicar à vacinação compulsória contra a COVID questionada no caso *Zambrano*, mesmo que o Tribunal não tenha realizado a apreciação do caso para que, entretanto, possamos fazê-la nós mesmos.

Ora, com relação ao direito à liberdade e à vida privada, o Tribunal afirmou que a restrição de Direitos Humanos e Fundamentais performada no caso *Vavříčka* estaria fundamentada legalmente pela própria redação do artigo 8º, §2º da Convenção, dispositivo que claramente determina – como já abordamos anteriormente – que as interferências com esse direito só podem existir em razão da lei ou quando justificadas pelas necessidades de uma sociedade democrática³⁵².

Assim, com relação ao §2º, a posição emitida conferia que a interferência em razão da lei devia-se em prol da proteção da saúde e da não disseminação de doenças que ensejem riscos à população, quer a pessoa tenha recebido as vacinas, quer tenha contraindicações que não permitam que as receba. Ora, já determinamos que o direito à saúde, além de ser um Direito Humano, é também indissociável do direito à vida e, ainda, é causa justificativa para a limitação de outros direitos, principalmente em se tratando da saúde pública. O direito não pode, de forma alguma, ser elitista, e o Tribunal adota a posição de que uma pessoa que não pode receber a vacina, por motivos médicos, conforme estipulado pela lei nacional, também merece ter o seu direito à saúde – o seu direito à vida – protegido, sendo essa proteção

³⁵¹ CAMILLERI, Francesca. *Compulsory vaccinations for children: Balancing the competing human rights at stake*. Netherlands Quarterly of Human Rights, [s. l.], 2019, p. 249.

³⁵² European Convention on Human Rights, artigo 8º, §2º: “*There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with law and is necessary in a democratic society [...]*”.

conferida através da imunidade adquirida pelas pessoas que podem se vacinar sem que tenham quaisquer contraindicações.

“With regard to the aims pursued by the vaccination duty, as argued by the Government and as recognized by the domestic courts, the objective of the relevant legislation is to protect against diseases which may pose a serious risk to health. This refers both to those who receive the vaccinations concerned as well as those who cannot be vaccinated and are thus in a state of vulnerability, relying on the attainment of a high level of vaccination within society at large for protection against the contagious diseases in question. This objective corresponds to the aims of the protection of health and the protection of the rights of others, recognized by Article 8³⁵³”.

Essa interferência prima pela proteção de um direito que garante “o bom funcionamento de uma sociedade sem maiores agitações”³⁵⁴: o direito à saúde pública, o direito ao bem-estar econômico, e o direito à manutenção da ordem pública; direitos estes considerados, dadas as circunstâncias, mais “importantes”, ou com maior relevância, visto o bom funcionamento da sociedade estar diretamente ligado à sua proteção e garantia.

Ainda no âmbito da redação do §2º, o Tribunal se posicionou sobre as “necessidades de uma sociedade democrática”, que também ensejariam a limitação de direitos humanos, afirmando que estas necessidades devem, *a priori*, ser determinadas pelas autoridades nacionais de cada Estado – uma vez que estas estariam em uma posição mais benéfica e apropriada para fazê-lo –, mas que devem, em suma, estar relacionadas à uma premente necessidade social³⁵⁵. O direito à saúde recai dentro da margem de apreciação das autoridades domésticas, mas cabe ao Tribunal determinar se as medidas implementadas pelo Estado são, de fato, proporcionais e legítimas quando questionadas. Na presente situação, ficou determinado que não houve a administração forçada de vacinas – e nem mesmo poderia haver, uma vez que toda interferência e todo tratamento médico deve ser consentido pela pessoa³⁵⁶ – e que, de todo modo, há um consenso dos Estados de que a vacinação

³⁵³ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §272.

³⁵⁴ Id.

³⁵⁵ Id., §273.

³⁵⁶ No *Case of Solomakhin V. Ukraine*, §33, fica consolidado pela jurisprudência do Tribunal que vacinações compulsórias são intervenções médicas compulsórias.

comprovadamente acarreta mais benefícios do que malefícios³⁵⁷, devendo os Estados implementar leis e medidas adequadas que protejam a vida e a saúde de seus cidadãos³⁵⁸ - principalmente quando os cidadãos em questão são crianças³⁵⁹ -, mesmo que estas decisões interfiram - de forma proporcional - em Direitos Humanos e Fundamentais. Ora, ainda, a principal argumentação apresentada pelo Sr. Vavříčka quando da sua provocação do tribunal foi a preocupação com a garantia do bem-estar e com a integridade física de seus filhos - entretanto, sua recusa em vacinar constitui uma ação manifestamente contrária a estes interesses. O Tribunal optou, afinal, pelo não reconhecimento da violação aos direitos previstos pelo artigo 8º - mesmo reconhecendo que houve interferência com a vida privada dos autores e que, *caso* a vacina fosse ministrada, haveria interferência com a integridade física -, uma vez que as medidas adotadas foram, todas, 1) em acordo com a lei, 2) devidamente justificadas, principalmente no que diz respeito à garantia do bem-estar das crianças envolvidas, e 3) caso a vacina houvesse sido administrada e houvesse ocorrido a interferência com o direito à integridade física, o Estado, ainda assim, estaria agindo em acordo com o seu dever positivo de proteger a população contra doenças infecciosas³⁶⁰.

Estas afirmações levam em consideração, como se faz por óbvio, de que há Direitos Humanos que podem ser sobrepostos a outros. Assim, a jurisprudência consolidada pelo Tribunal - no caso *Vavříčka, a priori*, referente às doenças contagiosas, e reafirmada no caso *Zambrano* para a vacina contra a COVID - determina que a vacinação compulsória de crianças contra doenças contagiosas deve ser priorizada, uma vez que a proteção do coletivo deve preceder a garantia e proteção da liberdade individual e, especificamente no caso *Vavříčka*, o bem-estar da criança deve ser tido, sempre, como prioridade. Neste aspecto, mesmo que os pais e guardiões das crianças aleguem que houve uma violação do direito à liberdade da vida privada e familiar, já existe jurisprudência consolidada pelo Tribunal no caso *Elsholz v. Alemanha* afirmando que a liberdade dos pais e guardiões não é plena, visto que estes não podem tomar decisões que sejam manifestamente prejudiciais aos seus filhos³⁶¹. Krasser complementa ao falar que as decisões tomadas pelos pais em relação aos

³⁵⁷ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §280.

³⁵⁸ Id., §282.

³⁵⁹ Id., §287 e §288.

³⁶⁰ Id., §197.

³⁶¹ Case of Elsholz v. Germany, §§48-53.

filhos também não podem ser *potencialmente* prejudiciais³⁶², e Francesca Camilleri afirma que a vacinação compulsória de crianças contribuiria para o fim de mortes infantis desnecessárias³⁶³.

No que diz respeito às violações ao artigo 9º da Convenção alegadas pelos autores do processo, remetemos aos fatos apresentados referidos anteriormente nesta seção: o TEDH não considerou que foram demonstrados, por nenhuma das partes, indícios e argumentos suficientes para comprovar a interferência com a liberdade de crença e religião consoante as características inerentes a este direito já estipuladas pelo *case law* do Tribunal. Uma vez determinado que não são todas as convicções e pensamentos que se encontram protegidos pelo escopo do artigo 9º da Convenção e, ainda, a falta de comprovação apresentada pelas partes de que a vacinação compulsória estaria efetivamente interferindo com suas respectivas convicções religiosas, fez com que o Tribunal considerasse – de forma majoritária – que não houve a violação do direito em causa. Não foi, entretanto, uma consideração unânime³⁶⁴. No que concerne esta decisão não unânime, Anja Krasser, inclusive, argumenta que a posição do Tribunal – reiterada por seus diversos *case law* e, em particular, pelo caso *Boffa* – de que a vacinação compulsória não afeta o direito à liberdade de crença e religião pode chegar a mudar, dadas as constantes mudanças que ocorrem na sociedade, não sendo possível negar que a vacinação compulsória pode vir a ser considerada como um conflito – ou mesmo uma violação – com o direito à liberdade de viver e agir conforme as crenças e consciências de cada indivíduo³⁶⁵.

No que concerne ao direito à educação – previsto pelo artigo 2º do Protocolo nº1 da Convenção –, cuja violação também foi alegada por alguns aplicantes do caso *Vavříčka* - afirmando, especificamente no que tange à previsão feita pela Carta de Direitos

³⁶² Anja Krasser, em “*Compulsory Vaccination...*”, p. 220.

³⁶³ Francesca Camilleri, em “*Compulsory vaccinations...*”, p. 246. No que diz respeito à vacinação compulsória de crianças, mas no âmbito da COVID-19, *cf.* ARCHARD, D.; BRIERLEY, J.; CAVE, E. *Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, and Best Interests*. *Medical Law Review*, [s. l.], v. 29, n. 4, p. 716–727, 2021, especialmente na parte “*Assessing proportionality in the covid-19 context*”. Ainda no tema sobre o melhor interesse e bem-estar das crianças, *cf.* RĂDULESCU, D. L.; MARINESCU, D. M. *Measures to Limit the Personal Freedoms of Minors in the Context of the Covid-19 Pandemic*. *Jus et Civitas*, [s. l.], n. 2, p. 21–28, 2020, p. 23–24, e, também, no context da pandemia, DEN EXTER, A. *Mandatory Vaccination in Child Daycare and Its Relevance to COVID-19*. *Revista Portuguesa de Saúde Pública / Portuguese Journal of Public Health*, [s. l.], v. 39, n. 2, p. 72–73, 2021.

³⁶⁴ *Cfr.* Case of *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, “*Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek*”, Seção F, §17.

³⁶⁵ KRASSER, Anja. *Die grundrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich*. 2019. Dissertação. (Mestrado em Direito), Universidade Karl-Franzes de Graz, Graz, 2019, p. 57.

Fundamentais, que o direito à educação engloba todos os níveis escolares³⁶⁶, e proibir o acesso de crianças não vacinadas a qualquer estabelecimento de ensino comportaria em uma manifesta violação deste direito –, nos cabe apontar que, da mesma forma que os outros direitos cuja violação foi alegada, o direito à educação não se trata de um direito absoluto, comportando limitações e restrições³⁶⁷ - sendo que estes limites e restrições, conforme o *case law* do TEDH, devem estar de acordo com certos requisitos para que sejam válidos: devem buscar fins legítimos e devem ser proporcionais. No mais, a proporcionalidade imposta pelo *case law* do Tribunal que se faz necessária para limitar o direito à educação, segundo Camilleri, aparenta seguir os mesmos moldes daquela exigida para a restrição e limitação dos direitos previstos pelos outros artigos da Convenção e da Carta de Direitos Fundamentais, “com a diferença de que o artigo não indica, ele próprio, quais os critérios que devem ser seguidos pelos Estados³⁶⁸”. Entretanto, mesmo que o direito comporte limitações, o Tribunal afirmou que não havia necessidade de apreciar o mérito desta questão, uma vez que consideravam tratar-se de um fato diretamente vinculado com a alegada violação dos direitos previstos pelo artigo 8º da Convenção³⁶⁹. O Estado tcheco, por outro lado, afirmou que não houve violação do direito à educação uma vez que a previsão legal não comporta o direito à educação pré-escolar³⁷⁰.

Outrossim, o Tribunal não aceita a alegação das partes de que o direito à vida e à não-discriminação das crianças teriam sido violados – por conta dos riscos da vacina, no caso do direito à vida; e por conta das coimas e restrições de acesso aos estabelecimentos de ensino, no caso do direito à não-discriminação –, e, com base nos fatos e nos méritos anteriormente apreciados quando da sentença, apenas afirma que não houve violação destes direitos³⁷¹.

Entretanto, para estendermos a posição do Tribunal no que diz respeito à não violação do direito à vida, podemos adotar a visão de Anja Krasser: os Estados são obrigados a proteger, de forma adequada, a vida e a saúde de suas respectivas populações – conforme

³⁶⁶ Case of Vavříčka and Others v. Czech Republic, §341.

³⁶⁷ Francesca Camilleri, em “*Compulsory Vaccinations for Children...*”, p. 253. Tradução nossa.

³⁶⁸ Id.

³⁶⁹ Case of Vavříčka and Others V. Czech Republic, §354.

³⁷⁰ Id., §340.

³⁷¹ Id., §§346-347. O Tribunal também não reconhece a violação dos artigos 6º e 13º da Convenção. Entretanto, por serem artigos que garantem direitos referentes ao acesso à justiça e à isonomia processual, não os abordaremos nesta dissertação.

já vimos anteriormente –, sendo que a efetiva proteção destes direitos deve ser garantida através da implementação de medidas legais apropriadas, assim como mecanismos de controle³⁷² – o que remete, também, às ações afirmativas e ao direito à não-discriminação que abordamos em nossa terceira seção. Assim, as legislações dos Estados que implementam a vacinação compulsória e a reiteração da validade e legalidade destas legislações pelo Tribunal, ao invés de violarem o direito à vida, na verdade, o protegem e o garantem, visto os riscos existentes com a não vacinação de pessoas que superam os possíveis riscos advindos com a vacinação. O direito à vida apenas estaria sendo violado caso a aceitação da vacina também fosse compulsória nos casos em que existem contraindicações médicas³⁷³.

Conclusões da Seção

Neste ínterim, constatamos que a visão dos magistrados se manteve coerente: em todos os peticionamentos que deram causa ao julgamento, a lei tcheca não foi considerada inconstitucional ou mesmo errada ao determinar que as crianças não poderiam frequentar as instituições de ensino sem que tivessem se submetido ao processo de vacinação obrigatório. Também não estava errada a imposição de uma coima aos representantes legais daqueles que tivessem menos de quinze anos, uma vez que eram os principais responsáveis pela saúde e pelo bem-estar destes indivíduos menores de idade e, de todo modo, medidas coercitivas são justificadas para atingir e garantir o bem-estar geral e um bom nível de saúde pública. Tampouco eram leis com imposições e consequências incoerentes, desequilibradas e desproporcionais – como alegaram alguns requerentes –, uma vez que previam uma conduta irregular – a não vacinação – e uma consequência apropriada – a coima e a não aceitação nas instituições de ensino fora da idade escolar obrigatória.

Assim, entendemos que 1) as partes interessadas, autoras dos processos remetidos ao Tribunal, alegaram repetidamente que houve uma constante e manifesta violação de seus Direitos Humanos, direitos estes que devem ser protegidos e garantidos pelos Estados; 2) que os direitos violados constituem, principalmente, direitos civis e políticos – direitos de primeira geração, portanto – que, no entender dos autores dos referidos procedimentos judiciais, são direitos irrestritos e invioláveis; e que 3) esta violação por parte dos Estados, além da implementação de consequências negativas para os autores, constitui clara e

³⁷² Anja Krasser, em “*Compulsory Vaccination...*”, p. 211.

³⁷³ *Id.*, p. 213.

infundada discriminação – sendo que esta prática viola um dos princípios originários e norteadores dos instrumentos e sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos – ; mas que 4) o entender do Tribunal diverge daquele das partes, uma vez que não houve manifesta violação de direitos, apenas limitações; 5) e que estas limitações – apesar de serem consideradas práticas ‘discriminatórias’ – não foram feitas de forma arbitrária e são legalmente justificadas.

Temos, também, que, a posição do Tribunal de que, dentro de uma sociedade democrática, a prioridade deve sempre ser a proteção do bem-estar coletivo, mesmo que esta proteção interfira – como geralmente o faz – com direitos e liberdades individuais.

Por fim, no que concerne às conclusões do Tribunal acerca dos casos analisados, temos alguns termos essenciais: proporcionalidade e necessidade. Para suprir a necessária proteção do coletivo, é preciso que as medidas restritivas e as limitações impostas sejam sempre proporcionais. Nenhum dos direitos questionados por aqueles que se colocam contra a vacinação compulsória – independentemente do momento histórico – é, de fato, absoluto e, conseqüentemente, admitem intervenções. A posição do TEDH já está consolidada há muito tempo, e é apenas reiterada pelas sentenças proferidas nos novos casos submetidos ao Tribunal.

Considerações Finais

Com base em tudo o que apresentamos até o momento, parece-nos que temos bagagem o suficiente para elaborarmos estas conclusões finais para, finalmente, respondermos à pergunta máxima que nos propusemos já em nossa introdução: a *discriminação sanitária* – independentemente do contexto em que se insere, seja o cenário pandêmico atual, seja o cenário “normal” dos Estados com implementadas legislações sobre a vacinação compulsória – é, em si mesma, uma violação ou uma proteção de Direitos Humanos? À ela, acreditamos poder, inclusive, juntarem-se outras: as medidas de contenção da pandemia de COVID-19 foram legalmente justificadas e razoáveis? E teria o caso *Zambrano* – caso houvesse cumprido com as condições de admissibilidade do processo – sido julgado da mesma forma que o caso *Vavříčka*? Vejamos:

Ora, constatamos que Direitos Humanos são, por sua própria natureza, direitos inerentes a todos os seres humanos pela condição de *ser*, ignorados, portanto, outros fatores. A titularidade destes direitos independe de condições sociais, da cor da pele, da orientação sexual, da religião, ou quaisquer outros fatores: uma pessoa humana possui certos direitos *apenas e unicamente* por ser uma pessoa humana. Ainda, são três as categorias – as gerações – de Direitos Humanos – inclusive com a discussão de ser adicionada uma quarta –, nomeadamente os direitos civis e políticos, de primeira geração; econômicos, sociais e culturais, de segunda geração; e os direitos coletivos, de terceira geração. Independentemente da aceitação, ou não, pela unanimidade dos juristas, dos legisladores, ou da população, estas três categorias são aceitas pelo Direito e contém, cada uma, direitos com naturezas distintas.

Acreditamos ter ficado claro que a primazia pelos Direitos Humanos, por sua proteção e, também, por sua garantia, é tamanha que, a fim de atribuir maior legitimidade e de conferir proteção mais efetiva, foram criados sistemas de proteção para além daquele tido como universal. Assim, ao sistema universal da ONU uniram-se os sistemas regionais europeu, interamericano e africano de proteção de Direitos Humanos que, mesmo consideradas suas particularidades, suas vantagens e desvantagens, seus erros e seus acertos, buscam, *ultima ratio*, a efetiva proteção destes direitos, agindo sempre de forma complementar ao sistema universal das Nações Unidas.

Não obstante a existência deste objetivo comum entre os sistemas, pudemos observar que – como seria de se esperar, dadas as especificidades regionais históricas, por exemplo – eles apresentam diferentes processos de desenvolvimento e, também, falhas. O sistema europeu, por exemplo, tem a exclusividade de aceitar petições remetidas por indivíduos, mas isso faz com que o número de processos recebidos pelo Tribunal seja demasiado. O sistema interamericano, por sua, apesar do avanço nos pareceres proferidos pela CIDH, abre a possibilidade para os Estados de reconhecerem, ou não, a jurisdição da Corte. E o sistema africano, mesmo detentor do único instrumento originário que consagra deveres, para além dos direitos, e o direito à saúde como Direito Humano, exige que o próprio Estado contra o qual o indivíduo promove uma ação de violação de Direitos Humanos *aceite* que essa ação seja julgada pelo Tribunal africano. Por mais que o objetivo final dos sistemas seja um só, e por maiores que sejam os avanços, as falhas, ainda, obstam a efetiva proteção dos Direitos Humanos.

Acreditamos, no entanto, que este óbice será gradualmente sanado com as constantes evoluções que, constatamos, são promovidas pelos sistemas e pelas jurisprudências de seus respectivos Tribunais: e, para os fins deste trabalho, o maior destes avanços deu-se no plano de aceitação e exigibilidade de diversos direitos, sobretudo, pertencentes à segunda geração de Direitos Humanos.

Neste aspecto, reiteramos, por diversas vezes, que os sistemas de proteção de Direitos Humanos, quando de suas respectivas criações, priorizaram a proteção de direitos civis e políticos – direitos estes que garantiam a *liberdade* da pessoa humana e exigiam que os Estados se abstivessem de interferir com estas ditas liberdades. Ora, quem não gostaria de viver em um mundo em que se pudesse agir, falar, pensar e fazer o que quisesse, tendo a certeza de que o Estado não poderia fazer nada para suprimir suas ideias e convicções? Não é uma situação, entretanto, de todo razoável – e nem mesmo possível – dentro de uma sociedade democrática de direitos. A existência da sociedade, por sua própria natureza, exige que direitos e liberdades individuais existam, obviamente, mas que sejam naturalmente limitados – não em favor do Estado, veja bem, mas em favor dos próprios direitos e liberdades de outras pessoas.

A evolução dos sistemas de Direitos Humanos que referimos acima, portanto, começa com inclusão do direito à saúde como um Direito Humano e a aceitação, no plano

internacional e nacional, desta condição; ora, a saúde pública, como bem vimos, sempre foi objeto de preocupação dos Estados, mas a inclusão da *saúde* em si – seja ela pública ou individual – como um Direito Humano é que, de fato, concretiza esse avanço, uma vez que, agora, independentemente dos ideais e das vertentes de cada Estado, existe a necessidade não apenas de garantir a saúde individual como um Direito Humano, mas de garantir e proteger a *saúde pública* como um Direito Humano – e não mais apenas como uma forma de garantir o bom funcionamento do Estado e da sociedade. É claro que esta “justificativa” permanece, mas a *saúde pública* passa a ter um novo status na ordem jurídica internacional. Ainda neste aspecto insere-se, também, a necessidade de proteger e garantir direitos de todas as pessoas.

Esta necessidade – de proteger e garantir direitos de todas as pessoas – impõe aos Estados, portanto, a obrigação de promover leis e medidas que façam valer os direitos de todos – e não apenas de um só. O debate e a dicotomia do coletivo *versus* o individual não é recente, como pudemos ver, e o legislador concorda com a posição daqueles que ousaram se aventurar na área jurídico-filosófica e abordar este assunto. Entretanto, a proteção da saúde pública – do coletivo – impõe, também, diversos problemas: o que inserir no direito à saúde e como garantir e proteger este direito? Quais as condições que devem ser atendidas para que eu – Estado – possa dizer que, naquele momento específico, a saúde deve ser priorizada face ao indivíduo?

Para respondermos a estas questões devemos, mais uma vez, remeter aos direitos alegadamente violados quando da implementação de medidas de restrição e da imposição da vacinação compulsória: discorreremos largamente sobre os direitos que, mais comumente, são tidos pelos indivíduos como violados durante estas situações, mas acreditamos ser necessário apresentar conclusões próprias sobre cada um deles. Vejamos:

Há direitos considerados – pela totalidade dos instrumentos de proteção de Direitos Humanos – como inderrogáveis, mesmo quando decretado estado de emergência. Dentre eles, temos o direito à liberdade de crença e religião, à integridade física – que inclui a proibição da tortura e de tratamentos desumanos –, e o direito à vida. Entretanto, há uma diferença entre *derrogação* e *limitação* ou *restrição* de direitos e, mesmo estes direitos tidos como *inderrogáveis* encontram, em seus próprios dispositivos, possibilidade de limitação quando atendidas as circunstâncias necessárias e quando respeitados certos princípios. Por

diversas vezes no decorrer de nosso trabalho afirmarmos que os direitos não são absolutos, apresentando, por meio de diversas opiniões, de diversos autores, as justificativas para tal posicionamento.

Ora, o fato dos direitos – sejam eles humanos ou fundamentais – não serem absolutos – mesmo que alguns sejam inderrogáveis – faz com que exista, conseqüentemente, a possibilidade de limitação destes mesmos direitos. Esta limitação, entretanto, não pode ser arbitrária: existem condições – em sua maioria elencadas pelos próprios dispositivos legais – que delimitam esta possibilidade. É preciso que sejam atendidas circunstâncias específicas e, mesmo nestas circunstâncias, que sejam respeitados princípios específicos para que a limitação e restrição de direitos seja, efetivamente, válida, e não ocorra ao arrepio da lei.

A começar pelas circunstâncias – que não são cumulativas, vejamos bem –, temos, de forma recorrente, a necessidade de proteção da saúde pública, da ordem, e dos direitos e liberdades de outrem, com alguns artigos elencando outras circunstâncias aplicáveis. Por sua vez, no que diz respeito aos princípios que, cumulativamente com as circunstâncias, devem ser respeitados, temos, principalmente, o princípio da legalidade e da proporcionalidade – com o TEDH incluindo, dentre eles, o princípio da necessidade em uma sociedade democrática.

Ora, vejamos: no que diz respeito ao atual cenário pandêmico que vivemos, podemos dizer que as três circunstâncias se aplicam e, mais, de forma imediata – uma vez que temos uma situação de saúde pública que, de tão afetada pela grande disseminação do vírus e pelo grande número de mortes, afetou a ordem da sociedade e exigiu a implementação de medidas para fazer valer os direitos de todos. No que diz respeito à vacinação compulsória nos Estados, por outro lado, aplicam-se – de forma imediata – “apenas” as circunstâncias referentes à saúde pública e à manutenção dos direitos e liberdades de outrem – nomeadamente daqueles que não podem se vacinar por conta de contraindicações médicas permanentes – e, não fosse respeitada a legislação referente à vacinação compulsória, a ordem social seria largamente afetada com o aumento no número de mortes e, assim, estaria caracterizada, também, a terceira situação. Especificamente, portanto, com relação às circunstâncias, as legislações e medidas restritivas e limitativas de direitos estariam devidamente de acordo e devidamente justificadas.

Já no que diz respeito aos princípios, comecemos com a legalidade: vimos que, para estar conforme o princípio da legalidade, a restrição e a limitação dos direitos deve ser, necessariamente, prevista em lei para que seja legítima. Vimos, também, que “lei” significa toda lei escrita, independentemente do grau hierárquico interno que ela possui – se é, portanto, uma lei primária, constitucional, ou se é uma lei secundária – e, ainda – conforme apontou Schabas – pela não escrita, que incluiria a jurisprudência e a interpretação dos Tribunais. Temos ciência de que estas definições e interpretações foram dadas pelo sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos; entretanto, visto ser este considerado como o sistema mais evoluído – posicionamento com o qual concordamos, principalmente pelo seu caráter universal e democrático de acesso ao Tribunal –, e, mais, visto os sistemas serem complementares entre si, consideramos ser esta uma interpretação aplicável a todos eles. Entretanto, devemos remeter ao estudo feito por Ourique que apresentamos neste trabalho: não obstante a interpretação *internacional* feita de que “lei” é qualquer instrumento normativo, independentemente do grau hierárquico interno, a lei que autoriza a limitação de e restrição de direitos no plano *nacional* deve estar de acordo com as atribuições de competências legislativas determinadas pela lei *interna* hierarquicamente superior. Isso significa dizer, portanto, que caso a legislação primária de um Estado não autorize leis secundárias a limitarem e restringirem direitos, se uma lei secundária de um Estado o fizer – mesmo que leis secundárias possam fazê-lo, conforme autorizado no plano internacional – estas limitações seriam, nestas situações – e conforme foi no caso dos Açores – ilegais, não correspondendo ao princípio da legalidade.

Temos, assim, que o princípio da legalidade exige 1) que a limitação e a restrição de direitos seja prevista pela lei interna; 2) que esta lei interna, para o plano internacional, não precisa ser a lei primária, hierarquicamente superior; mas que 2) que a lei interna que determinou a limitação e restrição de direitos no plano interno deve ser *competente* para tal de acordo com as regras de delegação de competências legislativas internas de cada Estado.

O princípio da proporcionalidade, por outro lado, mostra-se mais “fácil” de ser respeitado. As medidas impostas, para que esteja em acordo com este princípio, devem resultar em benefícios mais relevantes do que os malefícios advindos da limitação e restrição.

No caso das vacinas – e como bem disse Anja Krasser –, a proporcionalidade sempre estaria respeitada quando considerados todos os pesos de todos os fatores envolvidos, como os benefícios trazidos pela vacinação *versus* a possibilidade de efeitos adversos, ou a incidência de efeitos adversos *versus* a mortalidade e transmissibilidade da doença que se pretende imunizar. Ainda, e como apontamos acima, a vacinação compulsória estaria de acordo com este princípio quando o resultado negativo da limitação e restrição de direitos fosse significativamente menos relevante ao comparar com os benefícios trazidos pela vacinação compulsória. Ora, haja visto que os benefícios que advém da vacinação incluem a proteção da vida e da saúde tanto dos indivíduos quanto do coletivo e, além, a manutenção de um bom funcionamento da sociedade e do Estado no geral, temos que as vantagens são, de fato, mais relevantes do que as desvantagens.

Em contrapartida, a limitação de direitos em um Estado pandêmico não estaria de acordo com o princípio da proporcionalidade caso as imposições e os ônus decorrentes não ensejassem benefícios relevantes: no caso dos Açores, como mostrou Ourique, o governo implementou medidas de restrição de liberdade – medidas de quarentena – impondo que aqueles que aterrissassem nos Açores deveriam ser confinados em quartos de hotéis que deveriam, ainda, ser pagos pelos próprios confinados. Ora, uma coisa é implementar medidas de quarentena e lockdown, nestas situações, com os custos arcados pelo Estado, ou mesmo determinar que a quarentena seja feita na própria residência da pessoa. Da forma como decorreu, os Açores não apenas violaram o princípio da legalidade, como vimos acima, como, também, o da proporcionalidade.

Por fim, e com relação ao princípio da necessidade em uma sociedade democrática – trazido pelo TEDH –, acreditamos que não seja necessário nos aprofundarmos em demasia, uma vez que a vacinação compulsória visa a proteção não apenas do indivíduo, como da sociedade de forma geral, objetivando o controle e mitigação da transmissibilidade de doenças infecciosas. Ora, se isto não respeita as necessidades de uma sociedade, não saberíamos dizer o que, de fato, o faria, e consideramos que esta necessidade está *sempre* presente quando o assunto é a vacinação compulsória.

O que de fato nos compete, entretanto, é definir se, de forma geral, as medidas de restrição e limitação de direitos impostas pelos Estados que têm legislações relativas à vacinação compulsória – e aquelas impostas no decorrer da pandemia – foram, ou não,

promovidas em acordo com a lei. A nossa resposta à esta questão, acreditamos, já se mostrou clara: presentes as circunstâncias – não cumulativas – especificamente elencadas em lei, concomitantemente com os princípios da legalidade e da proporcionalidade – o que exclui, por exemplo, o caso prático dos Açores –, as medidas de restrição e limitação de direitos implementadas tanto pelos Estados que já têm políticas de vacinação compulsória há tempos, quanto pela quase totalidade dos Estados durante a pandemia de COVID-19, mostraram-se legalmente válidas e justificadas, uma vez que visam a proteção e a garantia de direitos essenciais, a curto e longo prazo, para o bom funcionamento da sociedade.

Ora, tanto os autores do caso *Vavříčka* quanto os do caso *Zambrano* não poderiam levantar a questão da ilegalidade e da desproporcionalidade para questionar as leis e medidas punitivas impostas pelos Estados: no caso *Vavříčka*, a forma pela qual a proteção do direito à saúde pública – e da saúde individual, uma vez que o Estado busca proteger aqueles que não podem ser vacinados através de um alto nível de imunização geral da população – foi feita está, de fato, prevista e autorizada em lei e, mais, é feita de forma proporcional ao não exigir que aqueles que não podem se vacinar, o façam. No caso *Zambrano*, por sua vez – e aqui adotamos uma posição de “juízes”, visto que o Tribunal não apreciou, efetivamente, o mérito do caso, uma vez que não foram respeitados os requisitos de admissibilidade, como dissemos no decorrer da tese –, também temos medidas adotadas de forma condizente com a lei em vigor no país e, portanto, respeitando as exigências de legalidade impostas pelo Tribunal e pelo legislador internacional, além de, claro, respeitarem as circunstâncias previstas em lei, uma vez que as consequências da COVID-19 exigiram que os Estados adotassem todas as medidas possíveis para garantir o bem-estar e a segurança geral de suas respectivas populações.

Uma vez concluído que as medidas de ambos os *case law* analisados, além de legais, foram, também, proporcionais, acreditamos ser necessário entrar no mérito da alegada violação de direitos que foi levantada pelos autores destes referidos *case law*: o Tribunal afirmou que não houve esta violação, como demonstramos em nossa quinta seção; entretanto, também apontamos que não foi uma decisão unânime. Vejamos:

Concordamos com as afirmações feitas no decorrer deste trabalho de que, de fato, nenhum direito é absoluto. Entretanto, há diferença entre uma limitação e restrição de direitos realizada para garantir outros direitos, mais importantes e relevantes no momento, e

manifestas violações destes mesmos direitos. Ora, uma vez que a decisão do tribunal – no caso *Vavříčka* – não se mostrou unânime, temos, portanto, que houve a consideração de que pelo menos um direito foi realmente *violado*.

Começando pelo direito à vida, acreditamos que não há necessidade de se discutir, de forma alongada, esta questão: a violação deste direito foi alegada por conta dos efeitos adversos das vacinas no geral – e, em particular no caso da COVID-19, por ser uma vacina em fase experimental – que, na “visão de especialistas” – conforme dito por uma das aplicantes do caso *Vavříčka* – não traz benefícios à saúde. Ora, essa argumentação deve ser totalmente desconsiderada, haja visto que existem diversos relatórios e estudos médicos comprovando que os efeitos adversos da vacina, no geral, são raros.

No mais, e particularmente no que refere ao caso *Vavříčka*, a Tchécua, além de possuir legislação em vigor que exime da obrigação de receber a vacinação compulsória aqueles que possuam contraindicações – exceção adotada não apenas pela Tchécua, mas pelos demais Estados que possuem estas legislações –, tem em vigor, também, lei que determina que o Estado será responsável pelos custos médicos advindos de efeitos adversos à vacinação compulsória. Ora, acreditamos que o Estado tcheco se mostra extremamente razoável em suas exigências e, com isso, podemos afirmar que a vacinação compulsória no geral – seja a que já existia nos Estados, seja a implementada agora, durante a pandemia – apenas seria uma manifesta violação ao direito à vida caso os Estados *também* exigissem aceitação do processo de vacinação por aqueles que têm contraindicações médicas. Ainda, vamos além e ousamos afirmar que, dada a indissociabilidade do direito da saúde do direito à vida, este último seria violado com a *não* implementação da vacinação compulsória. Concordamos, portanto, que não há – e não houve, nos *case law* apresentados – uma violação – e nem mesmo uma limitação – do direito à vida, mas, ao invés, sua efetiva proteção.

Também acreditamos que o direito à integridade não é violado através da implementação destas medidas. Ora, os indivíduos – mesmo com a implementação das referidas legislações e das referidas medidas coercitivas, punitivas, restritivas e limitativa de direitos – ainda assim têm escolha e podem optar por receber a(s) vacina(s) ou, ao invés, arcar com as consequências advindas da não-vacinação, por piores que sejam. O Estado não força, fisicamente, o indivíduo a se vacinar e, portanto, a nossa posição é de que o direito à integridade física estaria *violado* se, e apenas se, esta coerção física ocorresse. Do contrário,

receber ou não a vacina – mesmo que a contragosto – é, afinal, uma escolha da própria pessoa. Ainda, mesmo que o indivíduo fosse coagido a aceitar a(s) vacina(s), *ainda assim* não aceitaríamos que sua integridade física estaria sendo violada: é claro que ser “furado” por uma agulha pode ser doloroso, mas a imunização adquirida ensejaria benefícios maiores. Assim, consideraríamos ser outra *limitação*. Em ambos os *case law*, além de não terem sido fisicamente forçados, nenhum dos autores, de fato, recebeu a vacina – então, de todo modo, não poderiam ter alegado a violação de suas respectivas integridades físicas.

Acreditamos não ser possível negar que, apesar da vacinação compulsória caracterizar uma efetiva proteção do direito à vida, caracteriza, também, uma grande *limitação* do direito à privacidade e à vida familiar, principalmente no que refere à vacinação compulsória de crianças. Entretanto, em nenhum momento caracteriza uma violação: admitidamente, o Estado está decidindo o que é melhor para a criança que, assume-se, possui pais ou guardiões e, também, está impondo coimas para estes pais e guardiões, interferindo com aquilo que estes últimos acreditam ser melhor para seus próprios filhos. Entretanto, discutiremos em nosso trabalho que os pais não podem tomar decisões que sejam *manifesta* ou mesmo *potencialmente* prejudiciais para seus filhos, e o interesse da criança deve ser sempre priorizado. No caso *Vavříčka*, devem ser desconsiderados os argumentos levantados pelos autores de que este direito foi violado, uma vez o Estado apenas interferiu para garantir que a criança fosse priorizada. No caso *Zambrano*, em contrapartida, apesar de não falarmos sobre crianças, falamos da população e da saúde pública no geral o que, também já vimos, são sempre priorizadas pelo legislador.

Dentre todos estes direitos limitados, acreditamos que o mais controverso seja o direito à liberdade de crença e religião. Tido como um direito inderrogável mesmo em situações de estado de emergência, é um direito que, ainda assim, aceita limitações para garantir a proteção da saúde pública e dos direitos de terceiros. Entretanto, o que consideramos controverso não é a possibilidade de limitar ou não este direito, mas o fato de que ele envolve a liberdade de “crença”, de pensamento. Se uma pessoa *pensa* que a vacina é maléfica para o indivíduo ou que não funciona, ao vaciná-la compulsoriamente não estaria, então, o direito a ser violado?

O Tribunal resolve esta questão – de uma forma com a qual concordamos – ao estabelecer que não são todas as crenças, todos os pensamentos, que estão sob a égide de

proteção deste artigo. Concordamos com esta posição porque, é claro, há aqueles com crenças deturpadas que acreditam que condições como a cor da pele ou a orientação sexual de um indivíduo são “inferiores” ou “erradas”. Entretanto, o que acreditamos ser controverso é o que englobaria, de fato, o âmbito de proteção de “crença” e “pensamento” – estando esta proteção, evidentemente, totalmente condicionada à discricionariedade do juiz e do legislador.

De toda forma, não aceitaríamos a alegação de que a liberdade de “crença” das pessoas seria violada com a implementação da vacinação compulsória apenas por acreditarem que a vacina é maléfica para a saúde e para a vida do indivíduo, ou que é ineficaz. Ora, é possível acreditar que o céu é vermelho, ou que a água é seca, ou mesmo que a terra é plana; entretanto, estas crenças também não seriam protegidas pelo artigo porque, evidentemente, há fatos científicos que provam o contrário. Seria diferente, no entanto, o caso de uma testemunha de Jeová que recebesse, sem seu próprio consentimento, uma transfusão de sangue – situação permitida, diga-se de passagem, em casos de emergência, uma vez que até mesmo o direito à não-intervenção médica sem consentimento estabelecida pela Convenção de OVIEDO admite limitações –; nesta situação, o direito à liberdade de crença e religião dessa pessoa estaria, de fato, sendo violado – com a justificativa de proteção à vida e à saúde – porque esta religião específica prega contra quaisquer modificações corporais, excluindo de seu meio aqueles que se submetem ou que são submetidos a elas. Não foi o caso apresentando em ambos os *case law*, entretanto.

Por fim, falemos do direito à não-discriminação – e, em conjunto, do direito à educação. De fato, pensamos ter deixado claro que o direito à não-discriminação, como foi conjecturado pelo legislador, visava o tratamento igualitário, por parte do Estado, das pessoas, sem que fossem promovidos tratamentos diferenciados ou desvantagens em razão de características inerentes às pessoas – um direito completamente relacionado aos horrores da Segunda Guerra. Neste íterim, discorreremos extensamente sobre a igualdade formal e a igualdade material, e aceitamos a posição do legislador – nacional e internacional – de que há aqueles, em situações desiguais, que devem ser tratados de forma desigual para que possam atingir o mesmo patamar de igualdade que os outros têm. Estas situações desiguais podem advir de diversos fatores – condições econômicas, condições raciais, condições de

orientação sexual – que, comprovadamente, coloquem as pessoas em situação inferior na sociedade. Como se justifica, então, a *discriminação sanitária* neste cenário?

Ora, da mesma forma que existem ações afirmativas visando a promoção da igualdade e a proteção de pessoas com condições socioeconômicas distintas, as medidas de *discriminação sanitária* – e, aqui, incluímos a proibição de acesso aos estabelecimentos de ensino pelas crianças não vacinadas, bem como a restrição de acesso aos locais de trabalho, aos estabelecimentos comerciais, etc.; basicamente todas as medidas restritivas e limitativas de direitos – podem ser análogas às medidas positivas direcionadas, especificamente, aos que *não podem se vacinar*. Explicamos: o Direito deve proteger a todos, por isso a necessidade da implementação da vacinação compulsória e das medidas coercitivas para fazer com que os indivíduos que *podem* ser vacinados adiram à vacinação e, conseqüentemente, tenham seu direito à saúde e à vida garantidos e protegidos. Entretanto, apenas as medidas coercitivas – a implementação de coimas, por exemplo – não são bastantes para garantir o direito à saúde e o direito à vida daqueles que *não podem* ser vacinados. Sem as medidas de *discriminação sanitária* – sem a restrição de direitos –, aqueles que podem se vacinar mas não o fazem, ainda assim, poderiam continuar a frequentar todos os estabelecimentos que também são frequentados por aqueles que não podem receber as vacinas.

Ora, não é razoável exigir que estas pessoas, com condições alheias à sua própria vontade, coloquem sua vida em risco – ou mesmo que parem de frequentar os estabelecimentos – porque existem aqueles que acreditam que seus direitos são mais importantes do que os direitos de outros. O ideal seria de que todos que podem se vacinar, o fizessem e, portanto, todos – os vacinados e os que não podem ser vacinados – continuassem a frequentar a totalidade dos estabelecimentos. Não sendo uma realidade tangível – por diversos fatores, incluindo ideologias políticas ou as já referidas vertentes de crença e religião – deve o Estado, conseqüentemente, escolher quem deve ter os direitos restringidos optando, como se faz por óbvio, por restringir os direitos daqueles que não aderem à vacinação compulsória por escolha, e não por fatores alheios à vontade.

Assim, entendemos que a *discriminação sanitária* nada mais é do que uma ação afirmativa do Estado que implementa políticas de restrição de direitos para garantir a igualdade social daqueles que não têm escolha: afinal, e bem dissemos anteriormente, não

deve um indivíduo arriscar deliberadamente a própria vida, mesmo que seja para garantir a saúde pública. Não há, portanto, uma discriminação; há ações positivas válidas e amplamente aceitas pelo Direito.

Em suma, e depois de um árduo trabalho, concluímos o seguinte: 1) limitações e restrições de direitos – mesmo de Direitos Humanos – são possíveis, uma vez que nenhum direito – nem mesmo o direito à não-discriminação, por aceitar as referidas ações afirmativas – é absoluto e, quando respeitadas as condições e princípios apresentados em lei, devem ser feitas estas limitações e restrições para garantir os direitos coletivos e, conseqüentemente, o bom funcionamento da sociedade; 2) a proteção do direito à saúde, haja vista sua indissociabilidade do direito à vida – que garante o aproveitamento de todos os demais direitos – é essencial e está diretamente ligada à garantia deste bom funcionamento, 3) obrigando aos Estados que não apenas adotem medidas para proteger a saúde do indivíduo e do coletivo como, também, para evitar que terceiros a violem; 3) estas medidas que devem ser tomadas pelos Estados se traduzem na implementação de legislações que impõem a vacinação compulsória que, além de proteger aqueles que podem se vacinar, protegem os que não podem, através do alto nível de imunização alcançado com a vacinação em massa; 4) não havendo dúvida de que limitações e restrições a direitos ocorrem mas que 5) as medidas de restrição e limitação de direitos adotadas pelos Estados, quando da não aquiescência do indivíduo com a vacinação – que, a bem da verdade, realmente são medidas coercitivas e punitivas –, são não apenas legais como, também, necessárias, o que faz, portanto, com que 6) a *discriminação sanitária* em si seja total e legalmente justificada uma vez que 7) não *viola* Direitos Humanos e Fundamentais – como alegado pelos autores dos processos analisados e, também, durante a pandemia por aqueles que são contra a vacinação de forma geral – mas, ao invés, 8) *limita* estes direitos e 9) apenas para que, conseqüentemente e efetivamente, possa *proteger* outros Direitos Humanos e Fundamentais que, acreditamos, são mais importantes dado o momento e as necessidades.

O Tribunal acerta quando do julgamento do caso *Vavříčka* apesar de, a nosso ver, ter falhado ao não apreciar o mérito de todos os direitos alegadamente violados e ter vinculado algumas alegações àquela feita quanto à violação do direito à privacidade e à vida familiar, uma vez que esta apreciação mais abrangente poderia ter gerado mais jurisprudências consolidando ainda mais a visão do Tribunal. Ainda – e com base em nossa ousadia em

julgar, por nós mesmos, o mérito das alegações apresentadas no caso *Zambrano* – realmente acreditamos que a sentença não seria divergente daquela proferida no caso tcheco.

O que se faz necessário, agora – principalmente por conta das mudanças que têm acontecido na sociedade global; do avanço tecnológico e da globalização que permitem uma disseminação de informações e desinformações muito maior; e, principalmente, por conta das mudanças que decorreram com este presente cenário pandêmico –, é, talvez, implementar medidas maiores e mais abrangentes de educação da população no geral para que se possa fazer claro que, em uma sociedade democrática, direitos individuais não podem sobressair aos direitos coletivos; que o respeito pelos Direitos Humanos e sua efetiva proteção exigem que os Estados adotem medidas que não serão aceitas por todas as pessoas mas que são, independentemente disso, necessárias.

Talvez se faça necessário, também, a adoção generalizada pelos Estados deste pensamento de primazia pelo direito à saúde e, assim, a adoção de medidas que caracterizam a *discriminação sanitária*; ora, esta *discriminação* – apesar da conotatividade negativa que o termo “discriminação” carrega – é essencial para garantir a manutenção da sociedade e, mais, para garantir a proteção de Direitos Humanos – não apenas o direito à saúde, mas, além, o direito à vida e, conseqüentemente, todos os demais.

Foi-se o tempo em que o indivíduo conseguiria sobreviver sozinho – e o Direito, aparentemente, concorda com esta visão. Resta saber como a sociedade vai avançar a partir de agora e se este Direito vai evoluir cada vez mais ante às necessidades que se apresentaram com a pandemia ou, ao invés, vai retroagir. A prática jurídica nos mostra um cenário favorável; entretanto, sabemos, o Direito é sempre mutável – para bem ou para mal.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *A humanização do direito internacional*. [s. l.]: [s.n.], 2017.

ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *Direito internacional público*. 2ª ed. [s. l.]: Coimbra Editora, 2003.

ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário*. [s. l.]: Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 71, 1995.

ALMEIDA, F. A. de M. L. F. de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

AHRC. Positive Discrimination. Disponível em <<https://humanrights.gov.au/quick-guide/12078>>. Acesso em 18 jun. 2022.

ARCHARD, D.; BRIERLEY, J.; CAVE, E. *Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, and Best Interests*. *Medical Law Review*, [s. l.], v. 29, n. 4, p. 716–727, 2021.

BARBU, Silviu Gabriel; BULARCA, Maria Cristina; COMAN, Claudiu. *The Matter of Human Rights in The Context of The Covid-19 Pandemic*. *Drepturile Omului*, nº 1, p. 43-58, 2021.

BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2ª ed. [s. l.]: Kluwer Law International, 1999.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Gender Based Violence in Armed Conflicts: Women's Rights and International Law*. In: CARRIÇO, Alexandre (coord.); VIANA, Vitor Rodrigues (dir.). *Gender Violence in Armed Conflicts*. IDN – Instituto de Defesa Nacional, nº 11, p. 127-136, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, out. 2013.

BENATTO, P. H. A. *Constitucionalização dos direitos humanos*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*.; Ano 25, vol. 104, p. 151-166, nov./dez. 2017.

BERTRAND, M.; CRUZ, F.; GUÉGUÉS, H. *O essencial sobre a ONU*. 1ª ed. [s. l.]: Bizâncio, 2004.

BIANCHI, A. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 491–508, 2008.

BICUDO, Hélio. *Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais*. *Estudos Avançados*, [s. l.], v. 17, n. 47, p. 225–236, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8ª ed. [s. l.]: Editora Campus, 1998.

BOSSUYT, Marc J. *Prevention of Discrimination: The concept and practice of affirmative action*. Nações Unidas: Conselho Econômico e Social. E/CN.4/Sub.2/2002/21. 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Direito à Liberdade Pessoal – Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014*. 1ª ed. Brasília: CNJ, 2016.

CAMILLERI, Francesca. *Compulsory vaccinations for children: Balancing the competing human rights at stake*. *NETHERLANDS QUARTERLY OF HUMAN RIGHTS*, [s. l.], 2019.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 14ª reimp. [s. l.]: Almedina, 2014.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. Vol. II. 4ª ed. rev., reimp. [s. l.]: Coimbra Editora, 2014.

CASSESE, Antonio. *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

CERVEIRA CITTADINO, R. *Os Fundamentos Do Jus Cogens Internacional. (Portuguese)*. *Revista Thesis Juris*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 3–24, 2018.

CLAUDIU COMAN; MARIA CRISTINA BULARCA; SILVIU GABRIEL BARBU. *The Matter of Human Rights in the Context of the COVID-19 Pandemic*. Drepturile Omului, [s. l.], v. XXXI, n. 1, p. 43–58, 2021.

COHEN-JONATHAN, Gérard. *Respect for Private and Family Life*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

COLGROVE, J.; SAMUEL, S. J. *Freedom, Rights, and Vaccine Refusal: The History of an Idea*. *American Journal of Public Health*, [s. l.], v. 112, n. 2, p. 234–241, 2022.

CORTE IDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Relatório Anual – 2018*. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2018.pdf>. Acesso em 20 mai. 2022.

_____. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 28: Derecho a la salud / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ)*. San José, C.R.: Corte IDH, 2020

CONSELHO DA EUROPA. *Valores. Direitos Humanos, Democracia, Estado de Direito*. Disponível em <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/values>>. Acesso em 20 jan. 2022.

_____. *The Charter in Four Steps*. Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/about-the-charter>>. Acesso em 10 jan. 2022.

D'CRUZ, M.; BANERJEE, D. 'An invisible human rights crisis': *The marginalization of older adults during the COVID-19 pandemic – An advocacy review*. *Psychiatry Research*, [s. l.], v. 292, 2020.

DAROIT, Ana Paula; MAAS, Rosana Helena. *A proteção interamericana do direito humano e social à saúde*. *Revista de Direito Sanitário*, [s. l.], v. 20, n. 1, 2019.

DEN EXTER, A. *Mandatory Vaccination in Child Daycare and Its Relevance to COVID-19*. *Revista Portuguesa de Saúde Pública / Portuguese Journal of Public Health*, [s. l.], v. 39, n. 2, p. 72–73, 2021.

DOUZINAS, C. *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*. [s. l.]: Hart Publishing, 2002.

EICHELBAUM, K. *Is Mandatory Vaccination an Unjustified Limit on Human Rights?* *Te Mata Koi: Auckland University Law Review*, [s. l.], v. 25, p. 105–128, 2019.

FAWCETT, J. E. S. *The application of the European convention on human rights*. 2^a ed. [s. l.]: Clarendon Press, 1987.

FORMAN, L.; KOHLER, J. C. *Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy*. *JOURNAL OF HUMAN RIGHTS*, [s. l.], v. 19, n. 5, p. 547–556, 2020.

GAUDÊNCIO, ANA MARGARIDA. *Human Rights and Pandemic*. In: PEREIRA, A. G. D.; NEVES, M. do C. P.; LOUREIRO, J. C. *Responsibility for public health in the lusophone world: doing justice in and beyond the covid emergency*. [s. l.]: Instituto Jurídico, 2021.

GIUBILINI, A.; DOUGLAS, T.; SAVULESCU, J. *The moral obligation to be vaccinated: utilitarianism, contractualism, and collective easy rescue*. *Medicine Health Care and Philosophy*, [s. l.], v. 21, n. 4, p. 547–560, 2018.

GIUBILINI, A.; SAVULESCU, J. *Vaccination, Risks, and Freedom: The Seat Belt Analogy*. *Public Health Ethics*, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 237–249, 2019.

GLOBO. *Bolsonaro já disse que não tomaria vacina contra Covid e 'ponto final'*. Portal G1, Mar. 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/26/bolsonaro-ja-disse-que-nao-tomaria-vacina-contracovid-e-ponto-final-video.ghtml>>. Acesso em 24 jun. 2022.

GROUSSOT, Xavier; PECH, Laurent. *Fundamental Rights Protection in the EU post Lisbon Treaty*. *Fondation Robert Schuman, European Issue* n° 173, jun. 2010.

HANSKI, R.; SUKSI, M. *An introduction to the international protection of human rights: a textbook*. 2^a ed. revisada [s. l.]: Institute for Human Rights. Abo Akademi University, 2000.

HURFORD, J. E. *COVID-19 and Compulsory Vaccination: An Acceptable Form of Coercion?* *New Bioethics*, [s. l.], v. 28, n. 1, p. 4–26, 2022.

IACHR. *Compendium on Equality and Non-Discrimination. Inter-American Standards*. Doc. 31. Fev. 2019.

KABUNDA, M. *O sistema normativo africano de direitos humanos / The African normative system of human rights*. *Relações Internacionais (R:I)*, [s. l.], n. 54, p. 45–54, 2017.

KADRIU, O. *States of Emergency and the Legal Questions over Human Rights Restrictions*. SEER. *South-East Europe Review for Labour and Social Affairs*, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 51–62, 2021.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KIVALOV, S. *Ensuring the Human Rights and Freedoms in the Context of the Pandemic Covid-19*. [s. l.], 2020.

KÖCKERITZ, Hagen; STADLER, Pauline. *Germany Introduces strict Workplace Access Rules*. Nov. 2019. Disponível em <<https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2021/11/germany-introduces-strict-workplace-access-rules>>. Acesso em 20 jun. 2022.

KOVALCHUK, V. B. et al. *Right to Health in the Decisions of the European Court of Human Rights*. *Informatologia*, [s. l.], v. 55, n. 1/2, p. 14–26, 2022.

KRASSER, A. *Compulsory Vaccination in a Fundamental Rights Perspective: Lessons from the ECtHR*. *ICL Journal*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 207–233, 2021.

KRASSER, Anja. *Die grundrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich*. 2019. Dissertação. (Mestrado em Direito), Universidade Karl-Franzes de Graz, Graz, 2019.

LEMMENS, Koen. *General Survey of the Convention*. In: DIJK, P. van (ed.). *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 5ª ed. [s. l.]: Intersentia, 2018.

MACHADO, J. *Contrato social e constitucionalismo: algumas notas*. In: ANTUNES, Luís Filipe Colaço (coord.). *Colóquio Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

MACHADO, J.; RAPOSO, V. L. *Direito à saúde e qualidade dos medicamentos: proteção dos dados de ensaios clínicos numa perspetiva de direito brasileiro, comparado e internacional*. [s. l.]: Almedina, 2010.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. *Direitos humanos: evolução histórica*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 74/75, p. 91-121, Rio de Janeiro, Jan./Jul. 1992.

MALDINI, P. *Democracy in an Age of Pandemic: Civil and Human Rights and the Choice between Freedom and Safety*. Sociologija i prostor / Sociology & Space, [s. l.], v. 59, n. 3, p. 239–412, 2021.

MARQUES, M. R. *A protecção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU*. [s. l.]: [s.n.], 2014.

MATEUSZ PAPLICKI et al. *Conflict of individual freedom and community health safety: legal conditions on mandatory vaccinations and changes in the judicial approach in the case of avoidance*. Family Medicine & Primary Care Review, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 389–395, 2018.

MIRANDA, J. *Curso de direito internacional público*. 6ª ed., e atual., [reimp.]. [s. l.]: Princípia, 2021.

MOCO, M. *Direitos humanos: as particularidades africanas*. Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa, vol. L, nº 1 e 2, p. 435-441, 2009.

MONTEVERDE, E. *Respect for individual autonomy and a collective benefit: Arguments in favor of compulsory SARS-CoV-2 vaccination among health care professionals*. Archivos Argentinos de Pediatría, [s. l.], v. 119, n. 4, p. E298–E302, 2021.

MOREIRA, V.; GOMES, C. de M.; NEVES, A. F. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. [s. l.]: Ius Gentium Conimbrigae-Centro de Direitos Humanos, 2013.

MURPHY, T. *Health and human rights*. [s. l.]: Hart Publishing, 2013.

NAKAYAMA, Bruna Tassia Souza et al. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação ao Direito Humano à Saúde*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia, [s. l.], v. 48, n. 1, p. 271–287, 2020.

NALDI, Gino J. *Limitation of Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Contribution of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. South African Journal on Human Rights, Routledge, Vol. 17, n° 1, pp. 109-118. Jan. 2001.

NICKEL, James. *Human Rights*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.).

OPSAHL, Torkel. *The Right to Life*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

OURIQUE, Arnaldo. *Os Direitos Humanos em Regime Político Autonómico. O Caso dos Açores no Âmbito da Pandemia Covid-19*. De Legibus - Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa, n. 2, p. 33, Jan. 2022.

PAPLICKI, Mateusz et al. *Conflict of individual freedom and community health safety: legal conditions on mandatory vaccinations and changes in the judicial approach in the case of avoidance*. Family Medicine & Primary Care Review, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 389–395, 2018.

PARTSCH, Karl Josef. *Discrimination*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. *As normas de jus cogens e os direitos humanos*. Revista Interdisciplinar de Direito, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 29–42, 2009.

PIOVESAN, F.; LAFER, C. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6ª ed., ampliada e atualizada. [s. l.]: Saraiva, 2015

QUEIRÓS, C. M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2ª ed. [s. l.]: Coimbra Editora, 2010.

RĂDULESCU, D. L.; MARINESCU, D. M. *Measures to Limit the Personal Freedoms of Minors in the Context of the Covid-19 Pandemic*. *Jus et Civitas*, [s. l.], n. 2, p. 21–28, 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*. Disponível em <https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf>. Acesso em 20 abr. 2022.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. [s. l.]: Presença, 2013.

RIDEOUT, D.; MUNK-MANEL, S. *Hasta La Vista, Unvaccinated Employees?* *Ivey Business Journal*, [s. l.], p. 1–8, 2021.

ROBINSON, R.; ZVARIKOVA, K.; SOSEDOVA, J. *Restricting Human Rights and Increasing Discrimination through COVID-19 Vaccination Certificates: Necessity, Benefits, Risks, and Costs*. *Linguistic & Philosophical Investigations*, [s. l.], n. 20, p. 115–124, 2021.

ROBLES, M. Y. *El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014) / The right to health in the case law of the Inter-American Court of Human Rights (2004-2014)*. *Cuestiones constitucionales*, [s. l.], n. 35, p. 199–246, 2016.

RUBENSTEIN, L.; DECAMP, M. *Revisiting Restrictions of Rights after COVID-19. Health and human rights*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 321–323, 2020.

SCHABAS, W. A. *The European convention on human rights: a commentary*. [s. l.]: Oxford University Press, 2015.

SHAW, Malcolm N. *Freedom of Thought, Conscience and Religion*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.) *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

SINDONA, Rodrigo Nunes. *A impossibilidade de vacinação compulsória contra o covid-19 às luzes das normas internacionais de direitos humanos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6785, 28 jan. 2022. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87465/a-impossibilidade-de-vacinacao-compulsoria-contra-o-covid-19-as-luzes-das-normas-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em 14 mar. 2022.

SOCHA, R.; TAVARES, A. *Human and Civil Rights and Freedoms in a State of Natural Disaster and Epidemic Emergency*. Internal Security, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 133–142, 2021.

SOUSA, António Francisco. *O Princípio da Igualdade no Estado de Direito*. Revista de Estudos Jurídico-Políticos, nº13/16, p. 181-195, 2007.

TEITGEN, P.-H. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. In: MACDONALD, R. S. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.). *The European system for the protection of human rights*. [s. l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

TERRY, P. E. *On the Need for an Association for Vaccinated Person's Rights*. American Journal of Health Promotion, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 13–17, 2022.

TOEBES, B. C. A. *The right to health as a human right in international law*. [s. l.]: Intersentia, 1999.

TOEBES, B. C. A. *International health law: an emerging field of public international law*. Indian Journal of International Law, vol. 55, nº 3, p. 299-328, abr. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention – Prohibition of Discrimination*. 2021.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights – Limitation on use of restrictions on rights*. Abr. 2022.

VASAK, Karel. *A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. The UNESCO Courier: a window open on the world, XXX, 11, p. 28-29, 32, illus., 1977.

VEIGA, Paula. *Intervenção Da Professora Da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra, Paula Veiga. Os 40 anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)*. Revista da Ordem dos Advogados. Vol. III/IV. Ano 78, pp. 555-567. Jul./Dez. Lisboa, 2018.

VINCETI, S. R. *COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights*. Acta bio-medica : Atenei Parmensis, [s. l.], v. 92, n. S6, p. e2021472, 2021.

WANG, D. W. L.; MORIBE, G.; DE M. ARRUDA, A. L. G. *Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional under Brazilian Law?* Health and Human Rights, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 163–174, 2021.

WESTON, Burns H. *Human Rights*. Encyclopaedia Britannica. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/human-rights>>. Acesso em 14 jan. 2022.

WHO. *The World Health Report 2007: A Safer Future: Global Public Health Security in the 21st Century*. Geneva: WHO Press, 2007.

ZWEIG, S. A. et al. *Ensuring Rights while Protecting Health: The Importance of Using a Human Rights Approach in Implementing Public Health Responses to COVID-19*. Health and Human Rights, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 173–186, 2021.

Lista de Documentos

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>. Acesso em 13 mar. 2022.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em <<https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mar. 2022.

FRANÇA. *Constitution Française du 4 octobre 1958*. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>>. Acesso em 17 mar. 2022.

LIGA DAS NAÇÕES. *The Peace Treaty of Versailles, The Covenant of the League of Nations*. Disponível em <<https://www.ungeneva.org/en/covenant-lon>>. Acesso em 10 mai. 2022.

MAYER BROWN. *New Covid-19 rules for employers in Germany*. Disponível em <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/11/new-covid19-regulations-in-germany_legal-update.pdf>. Acesso em 15 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Commission on Human Rights. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>>. Acesso em 30 abr. 2022.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *UN DOC A/59/565 – Follow-up to the outcome of the Millennium Summit*. Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/31/PDF/N0460231.pdf?OpenElement>>. Acesso em 14 mar. 2022.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *UN DOC A/64/272 - Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/87/PDF/N0945087.pdf?OpenElement>. Acesso em 15 mai. 2022.

_____. *Carta das Nações Unidas e o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*. Disponível em <https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2009/10/Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Disponível em 30 mai. 2022.

_____. Unicef. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 3 fev. 2022.

_____. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>. Acesso em 30 mai. 2022.

_____. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em 30 mai. 2022.

_____. *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986*. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf. Acesso em 12 jun. 2022.

_____. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *Vienna Declaration and Programme of Action 1993*. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>. Acesso em 12 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Declaration of Alma-Ata*. Disponível em https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/almaata-declaration-en.pdf?sfvrsn=7b3c2167_2. Acesso em 12 fev. 2022.

_____. *Constitution of the World Health Organization*. Disponível em <<https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em 11 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>>. Acesso em 3 fev. 2022.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 3 fev. 2022.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas – Resolução 1/2020*. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2022.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Derechos Humanos de las Personas com COVID-19 – Resolución 4/2020*. Disponível em <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2022.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *As Vacinas Contra a COVID-19 no âmbito das obrigações interamericanas de Direitos Humanos – Resolução 1/2021*. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-pt.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2022.

_____. Escritório de Cooperação Jurídica. *Protocolo de Buenos Aires*. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-31.htm>>. Acesso em 7 fev. 2022.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 12 mar. 2022.

TCHÉQUIA. *Czech Republic's Constitution of 1993 with Amendments through 2002*. Disponível em https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf. Acesso em 22 mai. 2022.

_____. *Zákon o ochraně veřejného zdraví. – “Ato de Proteção à Saúde Pública” – Lei N° 258/2000*. Disponível em <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-258>. Acesso em 17 mar. 2022.

_____. *Zákon České národní rady o přestupcích – “Ato do Conselho Nacional Tcheco Sobre Infrações” – Lei N° 200/1990*. Disponível em <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1990-200>. Acesso em 17 mar. 2022.

_____. *O očkování proti infekčním nemocem – “Vaccination Against Infectious Diseases” – Decreto N° 439/2000*. Disponível em <https://www.global-regulation.com/translation/czech-republic/507286/vaccination-against-infectious-diseases.html>. Acesso em 17 mar. 2022.

UNIÃO AFRICANA. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em 15 mai. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. OVIEDO Convention*. Disponível em <https://rm.coe.int/168007cf98>. Acesso em 22 abr. 2022.

_____. Conselho da Europa. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. Jornal Oficial da União Europeia. *Carta dos Direitos Fundamentais Da União Europeia*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>. Acesso em 24 fev. 2022.

_____. Conselho da Europa. *Carta Social Europeia (Revista)*. Disponível em <<https://rm.coe.int/168047e171>>. Acesso em 5 abr. 2022.

_____. Jornal Oficial da União Europeia. *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada)*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF>. Acesso em 13 abr. 2022.

Jurisprudências e Case Law Citados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE: 1267879 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021.* Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1190972206/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1267879-sp-1003284-8320178260428/inteiro-teor-1190972213>>. Acesso em 23 jun. 2022.

Case Of Azizov and Novruzlu V. Azerbaijan.

Case of Behar and Gutman v. Bulgaria.

Case of Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom

Case of Boffa and 13 others v. San Marino.

Case of Calvelli and Ciglio v. Italy.

Case Of Elsholz v. Germany

Case of Lambert and Others v. France.

Case of LCB v. The United Kingdom.

Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal.

Case of Osmanoglu and Kocabaş v. Switzerland

Case of Vavricka and Others v. Czech.

Case of Xhoxhaj V. Albania

Case of Zambrano v. France.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.

Caso Veliz Franco e Outros Vs. Guatemala.

Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Guinea, 249/02.

Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96 (1998).