

AUTONOMIA E AUTORIDADE: dilemas da recusa vacinal em relação aos filhos menores

Carla Carvalho

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Membro titular do Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG. Membro do Departamento Científico de Bioética da Sociedade Mineira de Pediatria. Associada do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925303284208861>. E-mail: carla@carlacarvalho.com.br.

Luciana Fernandes Berlini

Pós-Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora do Curso de Direito Médico do IEC – PUCMG. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8274959157658475>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5379-974X>. Email: luciana@berlini.com.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Um olhar bioético e jurídico sobre os interesses envolvidos; 3. Autoridade parental e vacinação; 4. Responsabilidade parental e recusa vacinal; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por escopo enfrentar a problematização que circunda a obrigatoriedade de vacinação frente à responsabilidade parental em caso de descumprimento.

Para tanto foram analisados os limites e possibilidades oriundos da autoridade parental nesse processo, já que alguns pais, em razão de suas convicções pessoais, religiosas e morais, optam por não vacinar seus filhos. No entanto, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, a recusa dos pais é inconstitucional.

O que se observa é que a autonomia parental deve ser pensada em prol do melhor interesse de crianças e adolescentes. Desse modo, o direito à saúde, como direito social constitucionalmente assegurado, é um direito de todos, cabendo ao Estado promovê-la, de forma integral e prioritária, à criança e ao adolescente, mas também à toda coletividade.

Cumprida à presente pesquisa apresentar a responsabilização civil parental e possíveis soluções frente ao descumprimento do dever dos pais de vacinar seus filhos, não sem antes apresentar um olhar jurídico e bioético sobre os interesses envolvidos.

2. UM OLHAR BIOÉTICO E JURÍDICO SOBRE OS INTERESSES ENVOLVIDOS

A autonomia é, a um só tempo, um dos pilares do pensar bioético e um princípio jurídico fundamental, resguardado em todo o ordenamento brasileiro. É neste sentido que a discussão sobre a possibilidade de uma pessoa se recusar a receber uma vacina, ou de impedir que seus filhos menores a recebam, integra os debates das duas searas, acerca não apenas da autonomia, mas especialmente dos limites a ela impostos.

A bioética clássica, de cunho principialista, se estrutura em torno do reconhecimento e afirmação de quatro princípios, a serem seguidos nas relações de cuidados de saúde: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça¹. Em que pese os bioeticistas defenderem não haver hierarquia entre tais princípios, percebe-se uma certa proeminência conferida à autonomia, vista como um superprincípio, que acaba conduzindo a solução da maioria dos dilemas concretos. Entendida como autodeterminação, liberdade de escolha e comportamento individual, entre outros significados, seu exercício depende da observância de certos pressupostos ou

¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013.

condições essenciais, ligados à liberdade – tida como independência de influências controladoras – e capacidade de ação intencional do sujeito².

Aqueles que não se encontram em condições de exercer sua autonomia de forma plena, seja por falta de liberdade, seja por falta de competência para agir na proteção de seus próprios interesses, demandam o auxílio de terceiros para a garantia de que suas escolhas não lhes sejam prejudiciais.

No Direito, a autonomia encontra reconhecimento *prima facie* na Constituição a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e de todo o direito brasileiro, para além dos diversos dispositivos que estabelecem o respeito da liberdade individual. É neste sentido que se afirma a autonomia como verdadeira face ou mesmo corolário da dignidade, o que se reveste de especial sentido diante do campo da bioética.

Quando se pensa a ética com relação a própria vida e existência humana, as análises devem considerar o conteúdo individual da própria noção de dignidade, levando a uma observância de valores individuais, ou seja, da própria autonomia. A noção de vida digna é, assim, fruto de uma percepção autônoma do sujeito, na medida em que a dignidade constitui ideia polissêmica a funcionar “como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade”³.

Entre os vários conceitos e análises acerca da dignidade, a noção kantiana de que esta traduz um elemento imanente em todo homem, que faz dele um fim em si mesmo, ilumina a ideia de que o respeito da autonomia é o único caminho para que uma pessoa tenha sua dignidade respeitada. Com efeito, a ideia de ser fim e não meio reflete a escolha dos próprios valores pelo sujeito, que não deve ser instrumentalizado à satisfação de interesses alheios. Assim é que substituir-se às escolhas de uma pessoa, obrigando-a a viver um projeto

2 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013.

3 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010, p. 249.

de vida que não é seu, revela uma ofensa à sua própria dignidade. “Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas”⁴.

No Código Civil, a proteção da autonomia com relação ao próprio corpo recebe reconhecimento expresso no texto do art. 15, que estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Em que pese a existência de interpretações variadas para a expressão ‘com risco de vida’, entende-se que a mais consentânea com os valores presentes no ordenamento e na própria Constituição é a que aponta que mesmo diante de risco de morrer, a pessoa não pode ser compelida à realização sobre seu corpo de procedimentos que não deseja, sob pena de se instrumentalizar à consecução de valores alheios.

A autonomia com relação ao próprio corpo reflete-se na exigência do consentimento livre e esclarecido do paciente, como condição da realização de qualquer intervenção em sua saúde, pensada esta no sentido amplo, estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, que abrange o bem-estar nas dimensões física, psíquica e social. Sua promoção é, assim, resultado de um complexo processo dialógico entre equipe de cuidados, paciente, e eventualmente familiares, com espaço para o efetivo esclarecimento acerca dos procedimentos e garantia da liberdade para aceitá-los ou recusá-los, diante da oferta de cuidados alternativos.

Todavia, mesmo no Direito, o autorregramento, como exercício autônomo das situações jurídicas, encontra limites. O legislador fixa, desta forma, situações em que o sujeito terá sua autonomia reduzida, com destaque para o estabelecimento legal das hipóteses de incapacidade, absoluta ou relativa, nos arts. 3º e 4º do Código Civil. Entre elas, destaca-se aqui o estabelecimento de um critério

4 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010, p. 251.

etário, rígido e objetivo, em que se fixa o limite inferior de idade para a aquisição da capacidade para a prática dos atos da vida civil. Por mais que se aponte que individualmente a maturidade pode variar entre as pessoas, e junto dela a compreensão e solução dos próprios problemas, opta o legislador por conferir segurança ao trato jurídico, estabelecendo uma idade fixa, que marca a aquisição de capacidade de agir autônomo pelo sujeito, em relação às situações jurídicas que vivencia. Considerados incapazes, os menores de 18 (dezoito) anos dependerão da participação de um representante ou assistente no exercício de seus direitos e obrigações.

Assim, a partir da ideia de que certos sujeitos carecem de apoio para a formulação e defesa de seus valores ou exercício de atos da vida civil, ante a falta ou restrição na sua capacidade de ação intencional, Direito e Bioética estabelecem regras para esta intervenção externa na autonomia individual.

Erigem-se, pois, os chamados modelos de decisão substituta, tendo por objetivo explicar como deve ser o processo de tomada de decisões em relação a sujeitos com autonomia reduzida.

Haveria, deste modo, uma substituição necessária pela falta de competência, fundamentada no poder familiar e não uma representação de vontade. Os pais devem buscar qual seria a opção que o filho escolheria se assim pudesse fazer (modelo de juízo substituto), ou dentre as opções ofertadas, aquela que melhor atende aos interesses mediados e futuros da criança (modelo dos melhores interesses).⁵

O modelo do melhor interesse é estabelecido, tanto pelo Direito como pela Bioética, como a chave para a compreensão do papel dos pais ou representantes legais no respeito da autonomia das crianças e adolescentes, uma vez que exige que aqueles busquem, na tomada de

5 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 141-142.

decisão em nome destes, identificar a escolha que lhes proporcione o melhor resultado em termos de bem-estar ou o maior benefício, diante dos riscos e custos envolvidos. Serve especialmente para iluminar o exercício da representação ou tomada de decisão substituta em relação a pacientes que nunca foram capazes ou em relação àqueles que perderam a capacidade anteriormente ostentada, sem que se possa aferir concretamente qual seria a sua própria vontade, por meio de declarações antecipadas ou até da reconstituição de seus valores e sua biografia.

Segundo Beauchamp e Childress, “o modelo dos melhores interesses protege o bem-estar de uma outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda de funções”⁶.

A complexidade da aplicação deste modelo surge, contudo, do desafio de se impor a um pai que se desvincilhe de seus próprios valores e princípios, a fim de pautar sua decisão pelo interesse presumido e autônomo do filho. “Os pais devem ter em mente que estão atuando em benefício de seu filho e não para promoção dos seus interesses pessoais”⁷. Esta foi uma das importantes questões analisadas pelo STF, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1267879⁸: se os pais podem fazer dos filhos os seus próprios interesses e valores, em termos de filiação religiosa e convicções filosóficas, no que tange a autorização para a vacinação no âmbito do programa nacional de imunização.

A questão não é de todo nova, tanto pela existência de outros julgados de juízos estaduais que enfrentam a questão da recusa da

6 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013, p. 205.

7 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infante-juvenil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 142.

8 STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020.

vacinação infantil⁹, quanto pelos julgados que analisam outras situações de recusa de tratamento, a exemplo da autorização para hemotransfusão de filhos de pessoas que professam a fé das Testemunhas de Jeová.

Em geral, posiciona-se a jurisprudência no sentido de que, em se tratando de decisão médica com consequências graves, há um melhor interesse presumido em prol da realização do tratamento ou intervenção. “Mostra-se mais adequado, nesse caso, garantir a autonomia futura da criança do que preservar uma crença que ainda não está consolidada na sua pessoa”¹⁰. Tal entendimento é esposado, ainda, pela Procuradoria Geral da República, na inicial da ADPF 618, ainda pendente de julgamento:

Embora a Constituição assegure a liberdade de crença, cabe ao Estado proteger a vida do incapaz, na hipótese aqui analisada, especialmente quando não houver métodos alternativos de tratamento na instituição de saúde, assegurando e respaldando a aplicação do tratamento médico necessário, segundo as técnicas médicas disponíveis. Isso porque as convicções religiosas são questões de caráter individual e íntimo de uma pessoa, que não podem ser asseguradas nem mesmo por familiares ou por pessoas de seu convívio próximo. **Não é possível presumir** que um paciente, em caso de risco de morte, abriria mão de sua vida para preservar mandamentos religiosos ou que a realização de determinado tratamento atingiria profundamente a sua dignidade, a ponto de ocasionar a morte de sua moral – ponderação essa que somente

9 Cite-se como exemplos: TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020087-02.2019.8.24.0000, Relator Desembargador Carlos Roberto da Silva, julgado em 08/07/2019; TJSP, Apelação Cível n. 1003284-83.2017.8.26.0428, Relator Desembargador Fernando Torres Garcia, julgado em 11/07/2019.

10 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 143.

cada um pode fazer sobre a sua própria vida, os seus valores e os seus projetos pessoais.

O raciocínio é aplicado no caso das crianças e dos adolescentes, com o importante acréscimo de que, diante do dever do Estado de proteger a criança e o adolescente, impõe-se que, em caso de risco de morte e em não havendo métodos alternativos de tratamento, a realização da transfusão de sangue seja realizada mesmo contra a vontade do menor e de seus familiares ou representantes legais.

Afinal, o poder familiar não confere aos pais ou responsáveis a realização da ponderação de direitos fundamentais, especialmente quando uma das opções de escolha tiver como provável consequência a morte evitável.¹¹

Além dos limites à autonomia derivados da ideia da aptidão individual para regular seus próprios interesses, outros limites são extraídos da noção de alteridade, também em decorrência da dignidade, na medida em que a pessoa se constrói num constante processo interativo social e comunicativo com os outros.

Nesta ótica, o exercício das faculdades decisórias com relação a si e sua saúde deve ter em vista o respeito pelo outro, sob pena de converter-se em abuso. Neste sentido é que Hans Jonas¹² preceitua uma ética da responsabilidade, em que o sujeito se responsabiliza pelo impacto de suas ações não apenas em relação àqueles que se situam numa esfera próxima, mas no domínio mais amplo do fazer coletivo.

Por isso, a decisão acerca de tratamentos, por si ou por outrem, no caso dos incapazes, além de contemplar os valores do próprio sujeito, também deve observar o interesse coletivo na realização ou não da intervenção. Assim é que as normas do Conselho Federal de Medicina, ao preceituar o respeito pela autonomia, sempre reconhecem como

11 GR. ADFP 618. Petição inicial. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>>. Acesso em 27 jan. 2021.

12 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

limite a saúde pública ou o interesse de terceiros, a teor do art. 5º, §1º, da Resolução 2.232/2019:

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§1º Caracteriza abuso de direito:

I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

No caso específico da vacinação, no âmbito do Programa Nacional de Imunização estabelecido pelo Ministério da Saúde, o interesse coletivo está inequivocamente demonstrado, na medida em que o próprio programa fora desenvolvido tendo em vista a necessidade de controle de doenças evitáveis por imunização e da prevenção de pandemias e epidemias, em nome do interesse público:

o cenário epidemiológico das doenças imunopreveníveis mudou radicalmente no país, consolidando a vacinação como uma das principais e mais relevantes intervenções em saúde pública, com registro da erradicação da poliomielite, bem como da eliminação da rubéola e da síndrome da rubéola congênita e do tétano neonatal. Além disso, reduziu drasticamente a ocorrência de outras doenças transmissíveis como a difteria, o tétano e a coqueluche que ceifaram vidas ou deixaram sequelas tão graves que podem comprometer a qualidade de vida e a saúde de milhões de brasileiros (DOMINGUES, et al, 2020, p. 2-3).

Vê-se, pois, que o direito de recusa de tratamentos e intervenções sobre a saúde, fundado nas normas constitucionais e oriundas do debate bioético, pode sofrer limitações, especialmente pela necessidade de se verificar o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como da compatibilização do interesse individual com as demandas coletivas, o que alcança especial impacto na discussão da recusa de vacinação em relação aos filhos menores.

3. AUTORIDADE PARENTAL E VACINAÇÃO

Analisar a obrigatoriedade de vacinação dos filhos perpassa pela necessidade de investigar o alcance, limites e possibilidades do poder familiar, na medida em que os filhos em estágio de desenvolvimento estão sujeitos a este poder-dever e têm, muitas vezes, a vontade substituída pela vontade de seus genitores.

Abordando os contornos do poder familiar, a partir do prisma dos deveres que ele estabelece para os pais de atuar no interesse dos filhos, considerados estes em sua qualidade de sujeitos de direito, Maria Berenice Dias traz a noção de poder-função:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.¹³

13 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

O imbróglgio se apresenta quando há um conflito (ainda que aparente) de interesses entre a vontade dos pais e o melhor interesse dos filhos, que pode ser exemplificado pela obrigatoriedade de vacinação, quando há uma resistência em vacinar os filhos em razão de convicções pessoais.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal negou por unanimidade, no dia 17 de dezembro de 2020, a possibilidade de os pais não vacinarem seus filhos, elaborando a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

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.¹⁴

Um dos fundamentos utilizados na decisão refere-se à prevalência do direito à saúde de crianças e adolescentes em detrimento das convicções pessoais de seus genitores.

Não há dúvida de que o limite à autonomia sobre a saúde é a saúde pública. Não se está afirmando aqui que a mitigação da autonomia acarreta uma ideia de saúde como dever. O que se afirma é que as imunizações obrigatórias estão legitimadas pelo princípio da solidariedade social quando restar caracterizada a potencialidade de dano à coletividade pela ausência de vacinação. [...] Por isso, a autonomia

14 STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020.

parental é restrita em face também dos interesses da coletividade, observando-se especialmente o princípio bioético da justiça e o princípio jurídico da solidariedade social e familiar.¹⁵

No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, em abril de 2021, que normas nacionais que determinam a vacinação compulsória de crianças e adolescentes não violam o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagra o direito ao respeito da vida privada. No julgado, consignou-se que o melhor interesse da criança e do adolescente deve nortear as decisões a respeito de sua saúde e desenvolvimento, o que corresponde normalmente à realização do esquema vacinal completo:

288. Consequentemente, os Estados têm a obrigação de colocar o melhor interesse da criança, e também o das crianças como um grupo, no centro de todas as decisões que afetam sua saúde e desenvolvimento. Quando se trata de imunização, o objetivo deve ser que todas as crianças sejam protegidas contra doenças graves (ver parágrafo 133 acima). Na grande maioria dos casos, isso é conseguido pela oferta às crianças do esquema completo de vacinas durante os primeiros anos. Aqueles a quem esse tratamento não pode ser administrado são indiretamente protegidos contra doenças contagiosas, desde que o nível necessário de cobertura vacinal seja mantido em sua comunidade, ou seja, sua proteção vem da imunidade de rebanho. Assim, quando se considera que uma política de vacinação voluntária não é suficiente para atingir e manter a imunidade coletiva, ou a imunidade coletiva não é relevante devido à natureza da doença (por exemplo, tétano), as autoridades nacionais podem razoavelmente introduzir uma política de vacinação

15 SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 257.

compulsória a fim de alcançar um nível adequado de proteção contra doenças graves. O Tribunal entende que a política de saúde do Estado demandado se baseia em tais considerações, à luz das quais pode ser considerada consistente com o melhor interesse das crianças que são o seu foco (tradução livre).¹⁶

Nesse ponto, há que se ressaltar que o exercício o poder familiar encontra limitação no momento que se choca com o melhor interesse do filho, de modo que a renúncia a um direito, no caso o direito à saúde, só poderia ser exercida pelo próprio titular, já que se apresenta um relevante conflito de interesses e, ainda assim, considerando outros aspectos como a saúde pública.

As possibilidades de atuar e de decidir decorrentes da autoridade parental são muito amplas, e essa amplitude justifica-se para viabilizar a criação, a educação e a proteção dos filhos menores. Trata-se do exercício de um *múnus*, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança e do adolescente, ainda quando isso contrarie o interesse dos pais.¹⁷

Assim, a autoridade parental não pode ser exercida de forma absoluta pelos pais, encontrando seu principal balizamento no melhor interesse dos filhos. “A autoridade parental incute nos pais o dever de reger a formação e garantir o pleno e livre desenvolvimento da personalidade dos filhos menores de idade, incutindo-lhes a liberdade e responsabilidade, na medida do discernimento advindo”¹⁸.

16 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. Vavříčka and others v. the czech republic. Strasbourg, 8 abr. 2021. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-209039%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-209039%22])>. Acesso em 10 nov. 2021.

17 LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio sobre a infância e a adolescência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 40.

18 BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade parental e lei da palmada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade

Como sustenta a melhor doutrina, a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial. Tampouco parece razoável atualmente atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial (*rectius*, de um direito fundamental) sem lhe conceder a capacidade de exercício. [...] Atualmente a autoridade parental é instrumental, funcionalizada para a promoção da personalidade dos filhos.¹⁹

Cumprе salientar, que a obrigatoriedade de vacinar vem sendo fundamentada muito mais no aspecto da limitação da autoridade parental do que propriamente em uma autonomia infantil. Primeiro, porque o que se afirma é que a prevenção a doenças atende ao melhor interesse da criança e salvaguarda seu direito à saúde. Mas, especialmente, pouco se utiliza da defesa de uma autonomia infantil, hipótese em que a recusa de vacinar parte da criança ou adolescente.

De todo modo, ainda que se defenda a autonomia infantil, a solução jurisprudencial, ao que tudo indica, caminhará no mesmo sentido. Isso porque o entendimento que tem prevalecido frente à recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes é pela impossibilidade infantil de recusa. Ante a limitação espacial do presente trabalho, foge ao escopo entrar no mérito da autonomia infantil em caso de recusa de tratamento médico, mas, fato é que, no que tange à vacinação, acrescenta-se ainda o fundamento relacionado à saúde pública, que ultrapassa os danos da seara de quem recusa e atinge também a coletividade, o que acaba por ensejar não apenas uma limitação à autonomia dos filhos, como também e, principalmente, da autonomia parental.

parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 128.

19 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

Outrossim, o exercício da autoridade parental evoca a responsabilidade do pai e da mãe na criação e proteção dos filhos de forma a assegurar os direitos básicos previstos no artigo 227 da Constituição da República de 1988.

Assim, verificados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores em relação a comportamento que ignore os interesses dos filhos.²⁰

Dentro dessa realidade, em que crianças e adolescentes são protegidos constitucionalmente pelo sistema de proteção integral, devem ter assegurados a tutela jurídica correlata e, também, de reparação/compensação dos danos que eventualmente sofrerem, pelo exercício abusivo da autoridade parental, o que será enfrentado no próximo tópico.

4. RESPONSABILIDADE PARENTAL E RECUSA VACINAL

A maior parte das ocorrências de descumprimento do calendário vacinal em relação aos seus filhos menores não terá o seu deslinde no campo da esfera coercitiva, mas sim no da reparação civil dos danos eventualmente decorrentes. O fenômeno da recusa vacinal, reflexo prático do chamado movimento antivacina, torna-se especialmente perigoso, neste sentido, porque passa em geral despercebido na sociedade, até que doenças antes erradicadas, ou ao menos controladas, voltem a se manifestar com o surgimento de surtos em determinadas regiões.

20 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan.2021.

O simples ato de olhar uma criança não permite saber se ela fora ou não vacinada, o que faz com que muitos pais não sejam denunciados pela sua omissão no exercício do poder familiar. As consequências de atitudes deste tipo, no entanto, revelam danos importantes, tanto para as crianças que, não vacinadas, ficam expostas a doenças imunopreveníveis e às sequelas deixadas, quanto para a sociedade como um todo, que sofre um decréscimo num patamar histórico de saúde pública alcançado.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de que a recusa, injustificada e inconstitucional, dos pais em vacinar seus filhos, não ensejará medida policial coercitiva de se levar a criança à força para a vacinação, sendo, contudo, passível de responsabilização²¹.

O desafio que se revela consiste em compatibilizar a aplicação da tutela civil pertinente, sem que essa responsabilização prejudique direta ou indiretamente a criança, levando-se em consideração os aspectos existenciais e patrimoniais, a peculiar condição de desenvolvimento dos filhos e seus direitos fundamentais básicos.

Algumas jurisdições aplicam multas ou restrições à matrícula em escolas, como adverte Nelson Rosenvald:

Na maioria das jurisdições, a sanção se resume à multa, o que, em um primeiro momento gera o efeito positivo de constranger os pais à vacinação. Ocorre que, muitos optam por não pagar, entendendo aquela

21 “A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência” (STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020).

multa como um preço a ser pago para a aquisição do “direito a não vacinação”. Assim, em tese, o termo “compulsório”, só se aplicaria nos casos em que a criança fosse momentaneamente separada dos pais para ser vacinada, contra a sua vontade ou a dos pais. Isso não acontece nos estados democráticos. Daí a necessidade de recorrer a métodos coercitivos que imponham sanções legais ao invés da aposta em instituições coercitivas que façam uso da força para assegurar o cumprimento de ordens. Pode-se exemplificar com regras nos EUA que permitem aos pais a recusa à vacinação, porém advertem que essa escolha acarretará restrições para a interação de seus filhos com outras crianças, mediante proibição de ingresso em berçários, pré-escolas, colégios e mesmo o acesso a unidades pediátricas, objetivando a proteção da saúde das demais pessoas. Vale dizer, a coerção e certos métodos de persuasão afetam a natureza voluntária da vacinação.²²

Cumprido ressaltar que restrições dessa natureza, como as acima elencadas, apesar de impedirem a convivência com outras crianças para evitar proliferação de doenças, culminam na violação direta dos direitos fundamentais da própria criança, que acaba sendo revitimizada.

Por essa razão a tutela civil pertinente à espécie deve recair diretamente sobre os pais que se recusam a vacinar seus filhos, seja por meio de multa, seja pela responsabilização civil parental. A população infantil deve ser protegida de forma absoluta e prioritária.

Assim, a obrigação parental de vacinar os filhos pode ensejar multa cominatória cujo fundamento legal se perfaz pelo comando do art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o instituto da tutela antecipatória, ao estabelecer pena pecuniária capaz de dar efetiva proteção em caso de descumprimento dos direitos fundamentais

²² ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 21.

das crianças e dos adolescentes, o que pode ser aplicado pelo juiz, em caso de não vacinação, aos pais que descumpram a medida.

O descumprimento do dever de vacinar configura abusividade no exercício do poder familiar, capaz de desencadear a responsabilização civil, nos termos do art. 187 do Código Civil, a partir do qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A responsabilidade civil, na hipótese, apresenta-se como imposição jurídica dirigida àquele que comete um ilícito danoso. Dessa forma, o bem jurídico tutelado deve ser protegido de qualquer ameaça ou lesão, encontrando na responsabilidade civil proteção jurisdicional, cuja natureza é compensatória, mas, também, preventiva e coercitiva.

Assim, pensando na possibilidade de responsabilização civil como forma de desfazer, tanto quanto possível, os efeitos danosos oriundos da não vacinação, resgata-se a noção preventiva essencial da própria responsabilização civil.

Todavia, se a vacinação não for cumprida, mesmo com a aplicação de multa e/ou com a responsabilização civil decorrente do exercício abusivo da autoridade parental, poderia se pensar na nomeação de um guardião provisório, para cumprimento desse ato. O fundamento legal dessa guarda encontra-se no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Entende-se, dessa maneira, que o estabelecimento de uma guarda provisória para o fim específico de vacinar é medida mais branda e eficaz que a destituição da autoridade parental e menos danosa para a prole.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, provocado pela Defensoria Pública, suspendeu o regime de visitação de um genitor que se recusou a vacinar contra o COVID.

Diante de tal quadro e do elevado risco de a criança contrair, novamente, a covid-19 por conta da postura paterna, a mãe, com base no dever de zelar pela saúde de sua filha, apresentou perante o Judiciário um pedido de suspensão do regime de convivência, o que foi deferido.²³

O fundamento da decisão corrobora que a autoridade parental deve ser exercida em benefício da prole, assim como a guarda e o direito à convivência. Dessa forma, se a convivência com o genitor coloca a filha em risco, o regime de visitação pode ser suspenso até que o fator de risco cesse.

O caso, embora não se refira à recusa de vacinação da prole, demonstra como a temática se desdobra e o entendimento jurisprudencial vem se consolidando, em privilegiar o melhor interesse de crianças e adolescentes, demandando cada vez mais, uma conscientização e responsabilização parental.

Este termo, responsabilidade, é como vimos o que melhor define hoje a relação parental. Trata-se, com efeito, de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições completamente diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é tendencialmente permanente, sendo

23 NEVES, Cláudia. Recusa de vacina impede a convivência paterna. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 26, n. 6665, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93466>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso. Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia.²⁴

Ademais, as sanções que comprometam a convivência da criança no espaço escolar ou médico não deveriam ser utilizadas, pois danosas demais para os filhos e não para seus genitores, que deram causa ao descumprimento de um dever jurídico.

O que precisa ser levado em consideração é a necessidade de se coadunar o exercício da autoridade parental com o melhor interesse do filho. Assim, se a vacinação for negada pelos pais, a compensação dos danos deverá ocorrer com a pertinente tutela civil cabível, como restou demonstrado.

A preocupação dos pais com os efeitos colaterais das vacinas também não pode ser desconsiderada. Embora haja um rigoroso processo de pesquisa sobre os benefícios e possíveis danos das vacinas, de um modo geral, fato é que danos colaterais não estão descartados. No entanto, os benefícios individuais e coletivos superam eventuais danos, pesando na balança do melhor interesse do menor. Tais danos, cumpre salientar, são passíveis de reparação:

Como a esfera federal conjuga o poder de controle de qualidade pelo registro e a direção das campanhas nacionais para a imunização, converge para a União o dever de responder pelos danos causados às pessoas em virtude do uso da vacina. Considera-se dano

24 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

injusto a lesão a interesse protegido, mesmo quando o ato lesivo é considerado lícito.²⁵

Paralelamente, pode-se discutir a possibilidade de reparação dos danos sociais²⁶ causados pelos pais, ao impedir a vacinação de seus filhos menores, na medida em que o ato abusivo traz consequências para a sociedade de uma forma ampla, afetada pelo surgimento de surtos de doenças antes controladas.

Portanto, embora o objetivo do presente trabalho esteja voltado para a responsabilização parental, cumpre alertar que o tema ‘vacinação’ pode gerar diferentes tipos de responsabilização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto à luz da Bioética quanto do Direito, a autonomia das crianças e dos adolescentes, com relação às decisões sobre tratamentos e intervenções sobre seu corpo, mostra-se limitada, em face da ausência de capacidade de agir intencional, o que torna necessária a representação ou assistência dos pais para suprir-lhes o consentimento. Neste sentido, o ordenamento jurídico atribui aos pais o poder familiar, que deve ser exercido no melhor interesse dos filhos, a partir de um cálculo dos benefícios, custos e riscos dos diferentes cenários que se colocam à decisão em matéria de saúde.

Além da limitação pessoal para o exercício da autonomia, em virtude da idade, há que se reconhecer também a existência limitações, tanto para o próprio sujeito, quanto para os titulares do poder familiar,

25 MENEZES, Joyceane Bezerra de e SERPA, Jamila Araújo. Responsabilidade civil da união pelos danos causados pela vacina contra a influenza – síndrome guillain barré (SGB). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.322 e 333.

26 “são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, et al. O código civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376).

em situações em que a recusa de tratamentos coloque em risco a saúde de terceiros e da coletividade, considerando-se abusiva.

A limitação ao exercício do poder familiar no que tange a vacinação dos filhos é uma realidade imposta pelo atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e de Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Tal limitação vem sendo justificada pela necessidade de observância do melhor interesse dos filhos, em consonância com a doutrina de proteção integral, como também pela preservação da saúde pública.

É necessário, no entanto, enfrentar a possibilidade de responsabilização parental nos casos em que, ainda assim, os pais descumprem o dever de vacinarem seus filhos. O presente trabalho estabeleceu, portanto, a aplicabilidade da responsabilização civil parental, em decorrência da omissão abusiva dos pais, com fundamento no abuso de direito previsto na codificação civil.

Ademais, verificou que a utilização da multa cominatória pode e deve ser utilizada para os casos de recusa dos genitores e cumulada com a responsabilização civil.

Reconheceu-se, de outro modo, que a exemplo de alguns países, não raras vezes os pais, mesmo com a responsabilização civil e multa, preferem descumprir o dever de vacinar. Para essas situações, foi apresentada a possibilidade de utilização do instituto da guarda provisória, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como medida eficaz, temporária e com a minimização de eventuais danos, tal qual se defendeu em relação à responsabilização civil e multa.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). O código civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013

BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade parental e lei da palmada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística. com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos, et al. 46 anos do programa nacional de imunizações: uma história repleta de conquistas e desafios a serem superados. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, vol. 36, supl. 2, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36s2/1678-4464-csp-36-s2-e00222919.pdf>>. Acesso em 28 jan. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. Vavříčka and others v. the czech republic. Strasbourg, 8 abr. 2021. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>>. Acesso em 10 nov. 2021.

JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio sobre a infância e a adolescência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de e SERPA, Jamila Araújo. Responsabilidade civil da união pelos danos causados pela vacina contra a influenza – síndrome guillain barré (SGB). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

NEVES, Claudia. Recusa de vacina impede a convivência paterna. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 26, n. 6665, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93466>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.