

A responsabilidade parental na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente

Parental responsibility in ensuring the right to health of children and adolescents

Vinicius Rocha Moço
Advogado.

Doutorando e Mestre em Saúde Coletiva pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Renata Fortes Itagyba

Pós-Doutorado em Medicina Preventiva pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.
Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.
Médica e professora universitária do curso de Medicina da UNISA e da UNEMAT.

Marcia Thereza Couto

Professora Titular do Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo

Sumário

Introdução. 1. O direito à saúde da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A incapacidade civil da criança e do adolescente. 3. A responsabilidade dos pais pela efetivação do direito à saúde das crianças e dos adolescentes. 4. As possibilidades de responsabilização dos pais e os limites do poder familiar. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O direito à saúde de crianças e adolescentes no Brasil é assegurado pela legislação nacional. Devido à incapacidade civil desse grupo para tomar decisões sobre sua própria saúde, o papel dos pais ou responsáveis se torna central na concretização desses direitos. Este artigo tem como foco examinar a responsabilidade parental na garantia da saúde infantojuvenil. A pesquisa, de caráter teórico, fundamenta-se principalmente em artigos acadêmicos e do ordenamento jurídico brasileiro. Os resultados revelam desafios na implementação desses direitos, como o conflito entre a liberdade de crenças dos pais e as condutas médicas. Para que se alcance maior resolutividade frente a esses dilemas, é essencial reconhecer a responsabilidade compartilhada entre os pais, a sociedade e o Estado para a garantia do pleno exercício dos direitos infantojuvenis.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direito da criança e do adolescente; Responsabilidade civil; Responsabilidade penal.

Abstract

The right to health of children and adolescents in Brazil is guaranteed by national legislation. Due to this group's civil incapacity to make decisions about their own health, the role of parents or guardians becomes central in the realization of these rights. This article focuses on examining parental responsibility in ensuring children's health. The research, of a theoretical nature, is based mainly on academic articles and the Brazilian legal system. The results reveal challenges in implementing these rights, such as the conflict between parents' freedom of opinion and medical conduct. In order to achieve greater resolution in the face of these dilemmas, it is essential to consider the shared responsibility between parents, society and the State to guarantee the full exercise of children's rights.

Keywords: Right to health; Children's and adolescent's rights; Civil responsibility; Criminal responsibility.

Introdução

O direito à saúde de crianças e adolescentes no Brasil é assegurado pela Constituição de 1988 (CF88) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de ser respaldado por tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança. A CF88 considera a saúde um direito social fundamental e atribui à família, à sociedade e ao Estado a corresponsabilidade para garantí-lo, priorizando o bem-estar das crianças e adolescentes.

De acordo com a legislação brasileira, crianças e adolescentes são considerados incapazes de exercer plenamente seus direitos civis, sendo classificados como absolutamente incapazes (até 16 anos) ou relativamente incapazes (entre 16 e 18 anos). Embora todos tenham a capacidade de adquirir direitos, os menores de 18 anos não têm autonomia para tomar decisões em saúde por conta própria, cabendo aos pais o processo decisório.

Aprofundando-se nesse dilema, a presente pesquisa tem como objetivo compreender como o ordenamento jurídico brasileiro trata da saúde da criança e do adolescente e quais são os direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à efetivação do direito à saúde dos filhos, de modo a dimensionar os contornos da responsabilidade, bem como as alternativas em casos de omissão. Trata-se de um estudo de cunho teórico, baseado em levantamento documental e análise bibliográfica, principalmente em artigos acadêmicos e da jurisdição brasileira.

Os pais têm a responsabilidade de cuidar da saúde de seus filhos, o que inclui a garantia de que recebam tratamentos médicos adequados e tenham o calendário vacinal atualizado. Se falharem em cumprir esses deveres, o Estado pode intervir para protegê-los, aplicando medidas como a suspensão ou perda do poder familiar em casos de negligência. Ademais, nos casos em que há conflitos entre a liberdade de crença dos pais e o direito à saúde dos filhos, como em situações de recusa de tratamentos médicos e na hesitação vacinal, a justiça brasileira costuma decidir em favor da saúde das crianças e adolescentes, ancorando-se na corresponsabilidade entre a família, o Estado e a sociedade para a efetivação da saúde do público infantojuvenil.

1 O direito à saúde da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro

A CF88 abarca uma concepção ampla do termo saúde, superando o modelo biomédico e tecnicista, sendo clara a necessidade de vinculá-la a outros direitos. Tal evolução deve-se muito a outros documentos, como a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 22 de julho de 1946, que define em seu preâmbulo a saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades” (Organização Mundial da Saúde, 2020, p. 6), ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que, em seu artigo 25, item 1, prevê:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (Organizações das Nações Unidas, 1948, p. 6).

O direito à saúde da criança e do adolescente está devidamente garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. No Brasil, a CF88 estabeleceu o direito à saúde no rol dos direitos sociais fundamentais, estando previsto no caput do artigo 6º, ao lado de outros direitos, como educação, alimentação e moradia.

Também recebeu atenção especial da Carta ao receber uma Seção inteira (Seção II – Da Saúde) dentro do Capítulo II (Da Seguridade Social), do Título VIII (Da Ordem Social), sendo inaugurada pelo artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Brasil, 1988).

Com a Carta de 88 o ordenamento jurídico brasileiro passou a conferir especial atenção às crianças e aos adolescentes, tratando em capítulo próprio (Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, dentro do Título VIII que trata da ordem social) suas proteções. Porém, foi a Lei Federal nº 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi incumbida de definir o que é criança e adolescente, sendo criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, conforme estabelecido pelo artigo 2º.

A CF88 prevê expressamente o direito à saúde de crianças e adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O dispositivo inclui a saúde em um extenso rol de direitos, que devem ser somado a todos os demais direitos previstos às pessoas independentemente da idade, incumbindo à família, à

sociedade e ao Estado a obrigação de assegurá-los e terminando por adotar, embora não expressamente, a doutrina da proteção integral.

A doutrina da proteção integral constitui regra basilar do direito da infância e da juventude, devendo orientar toda interpretação de casos que envolvam crianças e adolescentes. Representa uma nova forma de pensar, fundada no reconhecimento de direitos especiais e específicos, com o objetivo de assegurar a efetivação de seus direitos fundamentais (Ishida, 2015, p. 2). Substitui a antiga doutrina da situação irregular, que considerava crianças e adolescentes não como sujeitos de direitos, mas objetos de proteção.

Por sua vez, o ECA reserva vários dispositivos à saúde, a começar pelo artigo 4º nos seguintes termos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (Brasil, 1990b).

O dispositivo é semelhante ao artigo 227 da CF88, incluindo a saúde em um rol de direitos, além de incumbir à família, à comunidade e ao poder público a obrigação de efetivá-los. Ambos trazem o princípio da prioridade absoluta, segundo o qual há uma primazia, ou destaque, em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa, em favor das crianças e dos adolescentes (Ishida, 2015, p. 14). Destaca-se que, embora não seja unânime, a maior parte da doutrina comprehende a responsabilidade da família, sociedade e Estado como solidária, ou seja, todos podem ser acionados e qualquer um pode ser cobrado pela integralidade das prestações previstas no rol de direitos (Amin, 2021a, p. 170).

O ECA ainda reserva o Capítulo I do Título II (Dos Direitos Fundamentais) aos direitos à vida e à saúde, conferindo proteção às crianças e adolescentes desde a concepção, por meio de atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal às gestantes nos termos do artigo 8º. O artigo 11 também assegura acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. O diploma, em seu artigo 129, incisos III e VI, ainda incumbe aos pais ou responsáveis o dever de encaminhar a criança e o adolescente a tratamento psicológico, psiquiátrico ou outro tratamento especializado quando necessário (Brasil, 1990b).

Além da legislação nacional, há também documentos internacionais que tratam do direito à saúde de crianças e adolescentes. A DUDH, em seu artigo 25, item 2, prevê que a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais (Organização das Nações Unidas, 1948, p. 6).

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, também menciona os direitos da criança relacionados à saúde. Em seu princípio 2, a Declaração resguarda o direito da criança de gozar de proteção especial e de se desenvolver de forma saudável. Já o princípio 4, confere à criança o direito a desfrutar de alimentação, moradia, lazer e serviços médicos adequados. O texto também prevê, em seu princípio V, cuidados especiais para com crianças portadoras de deficiências e, no princípio VI, que a criança deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais sempre que possível (Organização das Nações Unidas, 1959, p. 1-2).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990 por meio do Decreto nº 99.710 em 21 de novembro de 1990, também possui dispositivos direcionados ao direito à saúde. Destaca-se, que a Convenção possui status normativo de norma suprallegal, uma vez que não foi incorporada pelo rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da CF88 (aprovação por 3/5 em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos), situando-se, portanto, acima da legislação ordinária e abaixo das normas constitucionais.

Segundo o item 3, do artigo 3, os Estados Partes se certificarão de que as instituições encarregadas do cuidado das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde. O item 1, do artigo 24, determina que os Estados Partes reconheçam o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Já o item 2 do mesmo artigo incumbe aos Estados a obrigação de adotar medidas para redução da mortalidade infantil, combate a fome, assistência pré-natal e pós-natal e assistência médica preventiva (Brasil, 1990a).

Ademais, a Convenção possui outros dispositivos fundamentais quando se debate a temática da saúde. O primeiro se encontra no artigo 5º que prevê o princípio da capacidade progressiva. Segundo o texto, os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção (Brasil, 1990a). O princípio exige que crianças e adolescentes sejam considerados de modo concreto, a partir do seu amadurecimento, de suas experiências e de sua aptidão para tomar decisões juridicamente relevantes, afastando o critério intransponível da idade para o exercício de direitos e considerando a pessoa através de suas potencialidades e vulnerabilidades (COPI, 2021, p. 122).

Outro dispositivo relevante para a temática da saúde é o artigo 12, que prevê o direito de participação da criança, estabelecendo que os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a si, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança (Brasil, 1990a). O dispositivo se mostra fundamental ao assegurar que as opiniões e experiências da criança e do adolescente sejam consideradas nas decisões que afetem sua saúde, em respeito à sua dignidade e desenvolvimento.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, também garante atenção especial aos direitos das crianças e adolescentes ao exigir dos Estados Partes a "diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças" (Organização das Nações Unidas, 1966).

Desse modo, o direito à saúde da criança e do adolescente está devidamente garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja por legislação interna seja por normas internacionais vigentes no país, devendo ser protegido e promovido com a absoluta prioridade. Porém, na condição de absoluta ou relativamente incapazes, crianças e adolescentes dependem de seus responsáveis para obterem a proteção de sua saúde, seja por meio da representação ou da assistência.

2 A incapacidade civil da criança e do adolescente

No direito brasileiro, existem duas espécies de capacidade: de direito (ou gozo) e de fato (ou de exercício). A capacidade de direito ou de gozo é a aptidão genérica para ser sujeito de direitos, ou seja, é a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres. É adquirida por toda pessoa, indistintamente, ao nascer. Logo, não existe incapacidade de direito no Brasil, conforme previsto pelo artigo 1º do Código Civil (CC): “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (Brasil, 2002). Ademais, a capacidade civil pode ser definida como

a aptidão de determinada pessoa para atender a uma finalidade, a autoridade ou soma de poderes dada a um indivíduo, ou a aptidão legal para contrariar obrigações, adquirir e exercer. A definição de capacidade civil nada mais é que maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa para adquiri-los, praticar atos e contrair obrigações na vida civil (Vieira; Carvalho, 2020, p. 632).

Por sua vez, a capacidade de fato (ou de exercício) é a aptidão para exercer, por conta própria, atos da vida civil. Porém, ao contrário da capacidade de direito, a capacidade de fato pode sofrer restrições. Ou seja, em determinados casos, conforme seu grau de maturidade e discernimento, uma pessoa pode sofrer restrições ao exercício de atos da vida civil. A essas restrições dá-se o nome de incapacidade, e são impostas pela legislação com o intuito de proteger certas pessoas.

Logo, todas as pessoas podem adquirir direitos e contrair deveres, mas nem todos podem exercer os atos da vida civil por conta própria, conforme esclarece Vieira e Carvalho (2020, p. 633):

Percebe-se que a capacidade de direito é conferida indistintamente a toda pessoa natural. Contudo, a capacidade de fato remonta à aptidão para a prática pessoal dos atos da vida civil. Nesse sentido, uma criança possui capacidade de direito, visto que detém potencialidade de ser titular de relações jurídicas, embora não goze de capacidade de exercício, sendo-lhe vedada, grosso modo, a prática pessoal de qualquer ato jurídico.

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa, dependendo do grau de maturidade e discernimento. A incapacidade absoluta, por conta do alto grau de imaturidade e falta de discernimento da pessoa, implica a total proibição da prática de atos da vida civil por si só, sendo necessário que o ato seja praticado pelo representante legal¹ do absolutamente incapaz. Conforme o artigo 3º do CC, “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos” (Brasil, 2002). Logo, no Brasil, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes.

Por sua vez, na incapacidade relativa, o incapaz, por possuir maior capacidade de discernimento, necessita da assistência do seu representante legal para a prática de atos da vida civil. O artigo 4º do CC traz um rol dos relativamente incapazes, incluindo neste os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (Brasil, 2002).

Desse modo, na condição de absoluta (menores de dezesseis anos) e relativamente incapaz

¹ Ishida (2015, p. 36) esclarece que a noção de responsável não se confunde com representante legal, sendo apenas este munido do poder familiar e, portanto, somente localizado na figura do pai ou do tutor. Por sua vez, responsável é a pessoa que, não sendo pai nem mãe, zela pela criação e educação do menor, mesmo que não tenha assumido o encargo em juízo.

zes (maiores de dezesseis e menores de dezoito anos), crianças e adolescentes dependem de seus representantes legais para realizarem os atos da vida civil.

Dallari (1988, p. 59) explica que, no aspecto individual, o direito à saúde preconiza que

as pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros (1988, p. 59).

Ocorre que, à luz do conceito de incapacidade, crianças e adolescentes não possuem capacidade para decidirem os tipos de relação que terão com outras pessoas e com o meio ambiente, bem como não possuem capacidade para procurar por recursos médicos e escolher a quais tratamentos se submeterão.

Logo, crianças e adolescentes necessitam de seus representantes legais para terem seu direito à saúde efetivado, sendo que a incapacidade é suprimida pelos institutos da representação e da assistência. Nessa linha, explicam Albuquerque e Garrafa (2016, p. 453)

No caso de indivíduos com autonomia reduzida (como pessoas institucionalizadas e portadores de transtorno mental), ou incapazes de consentir (pessoas inconscientes e crianças), transfere-se a responsabilidade. A elas garante-se proteção especial, de modo que se conceda autorização para pesquisa e prática de saúde no melhor interesse do indivíduo afetado, devendo, sempre que possível, o participante decidir sobre o consentimento e/ ou retirada, quando for o caso.

Além disso, os autores explicam que a prática biomédica adota o princípio da autonomia individual mediante consentimento informado, sendo que esse consiste no pleno conhecimento, por parte do sujeito, mediante informações transmitidas pelo profissional, do efeito esperado pela ação sobre ele realizada, com a consequente liberdade de tomar a decisão daí proveniente (Albuquerque; Garrafa, 2016, p. 454). Logo, tratando-se de crianças e adolescentes, o representante legal só consentirá após obter, do responsável pelo procedimento, todas as informações concernentes às possibilidades, riscos e alternativas de tratamento.

Importante destacar que em 2004, durante a III Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal (Brasil, 2004) emitiu o Enunciado 138 com o seguinte teor:

A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento suficiente para tanto.

A saúde, por estar diretamente ligada a vários outros aspectos da vida, deve ser considerada uma questão existencial da criança e do adolescente, mostrando-se importante considerar as suas vontades em termos jurídicos, dando-se efetividade ao direito de participação da criança previsto no anteriormente mencionado artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Porém, Albuquerque e Garrafa (2016, p. 456) apontam que no Brasil ainda não há dispositivos legais legitimadores da participação efetiva de crianças e adolescentes no processo decisório, e o paternalismo – dos pais, dos profissionais da saúde e dos juristas – são empecilhos para a garantia da autonomia desses indivíduos. Além disso

Quando há conflito entre os pais e a criança a respeito da continuidade do processo terapêutico, os profissionais geralmente respeitam a decisão dos pais em detrimento das crianças. A exceção, pautada justamente na lógica paternalista, costuma ocorrer quando há dissenso sobre procedimento considerado benéfico por parte dos profissionais – situação na qual a justiça costuma ser acionada para intervir, com base na doutrina *parens patriae*, segundo a qual o Estado pode intervir para a proteção daqueles que a necessitam. Ou seja, os menores são ouvidos e considerados competentes quando consentem com procedimento médico recomendado por profissionais de saúde, mas não são tidos como capazes de recusar procedimento “claramente benéfico”. Entretanto, deve-se lembrar que o exercício da autonomia se revela também na livre decisão do paciente em recusar tratamento (Albuquerque; Garrafa, 2016, p. 456).

Ocorre que, conforme já apontado, a Convenção sobre os Direitos da Criança integra o ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal, situando-se acima da legislação ordinária e abaixo das normas constitucionais, de modo a permitir a participação efetiva de crianças e adolescentes no processo decisório. O referido diploma prevê o princípio da capacidade progressiva em seu artigo 5º e o direito de participação da criança em seu artigo 12. Porém, conforme destacado por Copi (2021, p. 122):

No Brasil, em desrespeito à Convenção ratificada na íntegra, desconsidera-se o princípio da capacidade progressiva, muito embora se trate norma jurídica de hierarquia supralegal que, como tal, requer a desconstrução e a reconstrução do regime legal de incapacidades em relação ao exercício de direitos por crianças e adolescentes. A efetivação deste princípio exige a flexibilização do sistema a partir da inclusão de elementos que permitam a análise da evolução das capacidades dos menores de dezoito anos o que não teve espaço no direito brasileiro.

A incompatibilidade entre as normas da Convenção e a legislação interna pode ensejar o controle de convencionalidade, com vistas à conformação do direito doméstico aos tratados internacionais. No entanto, observa-se uma persistente resistência do Poder Judiciário brasileiro em aplicar esse mecanismo.

Dado esse cenário, passa-se a analisar a extensão e os limites da responsabilidade dos pais relacionados aos cuidados com a saúde dos filhos menores de 18 anos não emancipados.

3 A responsabilidade dos pais pela efetivação do direito à saúde das crianças e dos adolescentes

Conforme destacado, por conta da condição de absolutamente ou relativamente incapazes das crianças e adolescentes, incumbe aos pais, seus representantes legais, a efetivação do direito à saúde, buscando o seu melhor interesse. Amin (2021b, p. 119) esclarece que o princípio do melhor, ou superior, interesse da criança e do adolescente é o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude, em todos os aspectos e áreas em que porventura com elas se deparar, sendo mandamento para a família, para a sociedade, para o Estado-Juiz, o Estado que legisla, o Estado que executa.

Tal princípio também está previsto no art. 3º, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo o qual todas as ações relativas às crianças deverão considerar, primordialmente,

o interesse maior da criança (Brasil, 1990a).

Essa responsabilidade deriva diretamente do poder familiar, um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último (Ishida, 2015, p. 51). O instituto possui característica de múnus público, não podendo ser renunciado, transferido ou transacionado. Embora não mencione o instituto, o poder familiar tem o seu marco inicial na CF88 que, em seu artigo 229, determina terem os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (Brasil, 1988).

Em consonância com a CF88, o ECA trata do poder familiar expressamente em seu artigo 21, de modo que será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de recorrer à autoridade judiciária competente em caso de divergência (Brasil, 1990b). Por sua vez, o CC reserva diversos dispositivos do Livro de Direito de Família ao poder familiar. O artigo 1.630 estabelece que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores (Brasil, 2002). O artigo 1.631, por sua vez, determina:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (Brasil, 2002).

O artigo 20 do ECA estabelece que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Importante destacar que a adoção implica a extinção do poder familiar dos pais biológicos e o surgimento do poder familiar para os pais adotivos (Ishida, 2015, p. 436). Assim, é vedada qualquer discriminação em relação a filhos adotivos ou havidos fora da relação conjugal, uma vez que o poder familiar também se aplica a eles.

Ademais, conforme preceitua o artigo 1.632 do CC, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos e, consequentemente, o poder familiar (Brasil, 2002).

O poder familiar é exercido pelos pais, conforme artigo 1.634 do CC, sendo que o dispositivo disciplina as atribuições que decorrem desse exercício:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O ECA, em seu artigo 22, também estabelece obrigações aos pais:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 1990b).

Desse modo, enquanto menores de 18 anos, e não emancipados, os filhos estão submetidos ao poder familiar, sendo este exercido obrigatoriamente, em conjunto e em igualdade de condições, pelos pais ou, na impossibilidade de um deles, exclusivamente pelo outro. Trata-se de um verdadeiro múnus público, interessando ao Estado o seu bom desempenho e incumbindo aos pais os deveres cuidar, criar, educar, dar assistência material e psíquica, proporcionando integridade física e mental às crianças e adolescentes que estão sob sua responsabilidade.

Assim, encontra-se devidamente estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da responsabilidade, princípio este fundamental e norteador das relações familiares. Segundo Pereira (2021):

a ideia atual de responsabilidade não busca apenas a reparação para os atos do passado, mas também cumprir os deveres éticos, voltados para o futuro. Nas relações parentais, o princípio da responsabilidade está presente principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetiva de seus filhos. Além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica, como se vê no artigo 1.634 do CCB/2002.

Tal princípio também possui seu aspecto sanitário, estendendo-se a todas as pessoas e possuindo como pressuposto a premissa de que todos possuem deveres relacionados à proteção da saúde, sejam individuais, coletivos ou sociais. Segundo Aith (2006, p. 352)

A proteção à saúde exige que cada indivíduo se comporte de forma responsável de acordo com seus deveres. O princípio da responsabilidade é fundamental para a segurança sanitária. Ele atinge tanto os comportamentos privados e íntimos do indivíduo quanto os seus comportamentos sociais e públicos.

Portanto, além do Poder Público e de outros agentes previstos em dispositivos legais, cabe também aos pais a efetivação do direito fundamental à saúde das crianças e adolescentes, levando-os regularmente ao médico e mantendo a vacinação em dia, além de prover o bem-estar físico e mental com uma alimentação saudável, condições de higiene, moradia e qualquer outro fator relevante. Ademais, cabe aos pais também decidir, com base em orientações dos profissionais de saúde, a quais tratamentos a criança ou adolescente se submeterá ou não, atendendo aos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse.

Contudo, embora os pais possuam o direito e o dever de decidirem sobre seus filhos menores de 18 anos não emancipados, tal direito não é absoluto. Conforme mencionado, o dever de

efetivação do direito à saúde das crianças e adolescentes é compartilhado entre família, sociedade e o Estado. Em situação de extração ou não cumprimento com tais direitos e obrigações, de modo a colocar em risco a saúde e/ou vida da criança ou adolescente, caberá ao Estado intervir na relação familiar e na decisão dos pais. Esse cenário evidencia a importância de se estabelecer os limites da responsabilidade dos pais em relação à saúde de seus filhos e as possibilidades de responsabilização.

4 As possibilidades de responsabilização dos pais e os limites do poder familiar

As atribuições dos pais em relação aos filhos menores de 18 anos e não emancipados são deveres impostos pela lei, sendo que a sua violação poderá acarretar uma série de punições e a intervenção estatal. Kipper (2015, p. 45) argumenta que a base ética para a intervenção estatal assenta-se naquilo que é conhecido como o princípio do dano ou da não maleficência, sendo que

A característica da decisão parental que justifica a intervenção não é aquela que contraria os melhores interesses da criança, mas a que pode lhe causar mal ou dano. As autoridades terão então legitimada sua intervenção em duas situações, ambas preenchendo os critérios do princípio do dano: 1) A intervenção deve ser baseada na doutrina do parens patriae, isto é, o Estado tem autoridade para proteger e cuidar aqueles que não o podem fazer por si mesmos, podendo intervir quando existe evidência de que as decisões dos pais podem causar mal aos seus filhos; 2) A intervenção pode ser justificada como exercício de vigilância para a proteção da saúde da população ou de outros.

A desídia dos pais em relação à saúde da criança ou adolescente pode ser considerada maus-tratos ou, até mesmo, tratamento cruel, devendo ser comunicado ao Conselho Tutelar, conforme determinado pelo artigo 13 do ECA:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras provisões legais (BRASIL, 1990b).

Há, ainda, conforme o artigo 98 do ECA, a possibilidade de aplicação de medidas de proteção sempre que os direitos reconhecidos na Lei forem ameaçados ou violados por: ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta (Brasil, 1990b).

Ocorrendo uma das referidas hipóteses surge a necessidade de aplicar uma das medidas protetivas previstas no artigo 101 em rol exemplificativo: I - encaminhamento aos pais ou responsável; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta (Brasil, 1990b).

Assim, configurada a omissão dos pais para com a saúde da criança ou do adolescente, ou

havendo um conflito entre as necessidades deste e a vontade de seus genitores, deve ser realizado o encaminhamento ou o respectivo tratamento médico.

Outra possibilidade de intervenção estatal é a suspensão do poder familiar, regulada pelo artigo 1.637 do CC nos seguintes termos:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

Trata-se de um rol exemplificativo e de uma medida temporária, sendo possível a suspensão parcial da autoridade parental com restrição sob alguns aspectos apenas. Além disso, a suspensão pode ser revista ao serem alteradas as circunstâncias que a ensejaram. Logo, constatada a omissão relacionada aos cuidados com a saúde, a autoridade judiciária pode decretar a suspensão do poder familiar e encaminhar a criança ou o adolescente aos cuidados médicos.

Contudo, em se tratando de situação mais grave, o artigo 1.638 do CC previu as hipóteses de destituição do poder familiar por meio de sentença judicial:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão (Brasil, 2002).

Tanto a perda quanto a suspensão do poder familiar são sanções dirigidas aos pais que faltarem com suas obrigações relacionadas ao menor de 18 anos não emancipado, com o intuito de defender o melhor interesse deste. São medidas judiciais que podem ser propostas por qualquer um dos genitores contra o outro e até mesmo pelo Ministério Público, com fundamento no artigo 101, parágrafo 2º, do ECA, sendo que a medida de destituição somente ocorrerá após esgotadas as medidas de apoio e orientação aos pais e restar comprovado que não há possibilidade de reinserção na família, nos termos do artigo 101, parágrafo 9º.

Destaca-se que, conforme estabelecido pelo artigo 23 do ECA, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (Brasil, 1990b). Ou seja, a suspensão ou a perda do poder familiar ocorrerá quando, a despeito da existência de condições materiais para o suprimento das necessidades relacionadas à saúde da criança e do adolescente, os pais, propositadamente ou por negligência, deixarem de suprir tais necessidades.

O artigo 129 do ECA ainda prevê outras medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, como: encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a programas de orientação; obrigação de matricular o filho e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; advertência; perda da guarda; destituição da tutela; suspensão ou destituição do poder familiar (Brasil, 1990b).

Além de tais medidas, o diploma, em seu artigo 249, ainda prevê a possibilidade de aplicação da pena de multa, no valor de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, pelo descumprimento, doloso ou culposo, das obrigações inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda (Brasil, 1990b).

Todavia, importante destacar ser recomendável que qualquer intervenção estatal na dinâmica familiar deve ser considerada como último recurso, somente após esgotadas todas as possibilidades dialógicas (KIPPER, 2015, p. 46).

Ademais, o descumprimento dos deveres legais dos pais ou responsáveis em relação à criança e adolescente é passível de ensejar a responsabilidade civil dos pais por ato ilícito, nos termos do artigo 186 do CC. Nessa seara, importante destacar também a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo esta “uma modalidade autônoma de dano, na qual se indeniza a subtração da chance séria e real de se alcançar, futuramente, um benefício ou de evitar ou diminuir uma situação de risco” (Pereira, 2021). A sua aplicação é cada vez mais admitida no âmbito familiar:

No Direito de Família, é aplicável, por exemplo, quando os pais deixam de exercer devidamente o poder familiar, negando a um filho os cuidados elementares no que tange à sua saúde e educação, o que pode vir a acarretar uma deficiência física e a impossibilidade de concluir os estudos (Pereira, 2021).

Além disso, a omissão dos pais pode acarretar responsabilização penal, conforme destacado por Dias e Norões (2018, p. 175)

Em regra, o omitente não deve responder pelo resultado, pois não o provocou. Todavia, há a omissão penalmente relevante, que é aquela constituída pelos elementos non facere (nao fazer) e quod debeatur (aquito que tinha o dever jurídico de fazer). Não basta o “nao fazer”, é necessário também que, no caso concreto, exista uma norma determinando o que deveria ser feito.

O Código Penal, em seu artigo 13, parágrafo 2º, estabelece que a omissão se torna penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, sendo que o dever de agir incumbe a quem: tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; com seu comportamento anterior, criou

o risco da ocorrência do resultado (Brasil, 1940).

Ocorre que os pais são os garantidores da vida e saúde dos filhos menores de 18 anos, possuindo, legalmente, a responsabilidade de agir pela sua preservação. Desse modo, ocorrendo uma lesão à vida ou à saúde de uma criança e adolescente, e constatada a omissão dos pais, estes poderão ser penalmente responsabilizados.

Porém, podem existir situações em que o responsável decida não submeter o menor de 18 anos a certo tipo de procedimento necessário à preservação de sua saúde por razões religiosas ou filosóficas. Dois exemplos frequentes na doutrina e na jurisprudência são os casos de transfusão de sangue em famílias da religião de Testemunha de Jeová e os casos que envolvam hesitação vacinal².

Por conta da convicção religiosa, as famílias pertencentes à religião de Testemunha de Jeová acabam por recusar a transfusão de sangue mesmo em casos de grave risco à vida. São vários os exemplos na jurisprudência em que os pais negaram o procedimento de transfusão de sangue no filho menor de 18 anos, optando por se manterem fieis à crença religiosa em detrimento da saúde da criança ou adolescente.

Trata-se de uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais, uma vez que a CF88 assim considera a liberdade de religião, em seu artigo 5º, inciso VI. Conforme já destacado, compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos menores de 18 anos e não emancipados, o que inclui o ensino religioso, sendo que o parágrafo único do artigo 22 do ECA menciona expressamente o direito dos pais de transmitirem suas crenças e culturas (Brasil, 1990b).

Contudo, o próprio dispositivo deixa assegurados os demais direitos da criança estabelecidos no diploma, estando entre eles, o direito à saúde e à vida. Logo, uma vez que não há direitos absolutos, e pelo fato da CF88 não amparar comportamentos contrários à vida, havendo a colisão entre o direito fundamental à liberdade religiosa e à saúde da criança ou do adolescente, há de se optar pela proteção à saúde em primazia do princípio do melhor interesse. Seguindo nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça emitiu o Enunciado nº 44 durante a III Jornada de Direito da Saúde, com o seguinte teor:

O paciente absolutamente incapaz pode ser submetido a tratamento médico que o beneficie, mesmo contra a vontade de seu representante legal, quando identificada situação em que este não defende o melhor interesse daquele (Brasil, 2019).

O Enunciado nº 533, emitido na VI Jornada de Direito Civil, também traz reflexão importante sobre o tema:

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos (Brasil, 2013).

Conforme o entendimento, apenas o indivíduo plenamente capaz poderá deliberar sobre assuntos médicos, incluindo entre estes a recusa de tratamentos necessários à manutenção da vida. No entanto, em situações de emergência, nem mesmo o indivíduo plenamente capaz poderá

²O conceito de “hesitação vacinal” é definido como o atraso na aceitação ou recusa de vacinação a despeito da disponibilidade de serviços de vacinas, e foi cunhado pela OMS em 2012, por meio do grupo especial criado para discutir estratégias relacionadas à recusa vacinal.

recusar o procedimento.

O Enunciado nº 403, emitido na V Jornada de Direito Civil, também trata da temática:

O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante (Brasil, 2011).

Contudo, o referido enunciado estabelece alguns parâmetros para a prevalência da liberdade de crença e consciência sobre a saúde: capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; manifestação de vontade livre, consciente e informada; oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. Logo, conforme o entendimento, não há a possibilidade da vontade do representante legal se sobressair à vida ou saúde do representado.

O Conselho Federal de Medicina também possui sua própria normativa sobre a temática, conforme a Resolução nº 2.232. Segundo o texto, é assegurado ao paciente maior de idade, desde que capaz e lúcido, o direito de recusa ao tratamento. Além disso, em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou mesmo de adultos, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros (Conselho Federal de Medicina, 2019).

A prevalência da liberdade de crença dos pais em detrimento da saúde da criança ou adolescente também não encontra guarida no campo da bioética, conforme demonstrado por Kipper (2015, p. 46):

O mais comum e convincente argumento usado pelos pais para a não intervenção do Estado é que as pessoas são livres para a prática religiosa. Entretanto há uma diferença essencial entre o direito de fazer uma opção religiosa (liberdade de consciência) e o de praticar uma religião (liberdade de ação). Enquanto a violação do primeiro nunca é justificada numa sociedade livre, o último é inconsistente em uma comunidade que rejeita a iniciação à força entre seus membros. Liberdade de ação, acima do ponto em que causa danos a outros, quando considerada em nosso contexto, indica que o direito de praticar uma religião não inclui a liberdade de expor a comunidade ou uma criança à doença ou à morte. Em outras palavras, o direito de uma pessoa praticar sua religião é suplantado pelo direito à vida de outra.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já foi instado a se manifestar sobre a temática. Em 2014, a Sexta Turma do STJ julgou o habeas corpus nº 268.459/SP, movido pelos pais que recusaram uma transfusão de sangue para a sua filha menor de 18 anos. Por conta da recusa, a adolescente veio a óbito, o que motivou o ajuizamento de uma ação penal pelo Ministério Público.

A corte não conheceu do habeas corpus, mas expediu ordem de ofício para extinguir a ação penal em relação aos acusados por atipicidade da conduta destes. Foi considerado que, ao levar a adolescente ao hospital, os pais demonstraram cuidados para com ela. Contudo, entendeu-se que a ausência de consentimento dos pais não representa óbice à transfusão de sangue, de modo que houvera falha por parte dos médicos responsáveis, que não cumpriram seu dever de salvar a

adolescente por meio do único tratamento disponível (Brasil, 2014).

Por sua vez, os casos em que os pais decidem não vacinar seus filhos (hesitação vacinal) são tratados de modo semelhante. A fundamentação, no entanto, costuma ser a liberdade de consciência, também prevista no inciso VI do artigo 5º da CF88. Ocorre que a obrigatoriedade da vacinação está expressa no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 6.259/75, que criou o Programa Nacional de Imunizações (PNI), estabelece em seu artigo 3º que compete ao Ministério da Saúde a elaboração do PNI, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório (Brasil, 1975). Outras normas reforçaram o caráter obrigatório da vacinação, como o Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976, que determina em seu artigo 29 ser “dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória” e o ECA, que no parágrafo 1º do artigo 14 estabelece ser “obrigatória a vacinação das crianças nos casos nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento durante o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1267879/SP. Na ocasião, foi fixada a seguinte tese:

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 (Brasil, 2020).

Assim, a obrigatoriedade da vacinação da criança e adolescente encontra respaldo tanto na legislação vigente quanto na jurisprudência, não sendo admissível a prevalência das convicções religiosas dos pais em detrimento da saúde dos filhos e da coletividade. Casos de hesitação vacinal infantil também podem ser considerados maus-tratos, conforme defendido por entidades como a Sociedade de Pediatria de São Paulo e a Sociedade Brasileira de Pediatria (2018, p. 91), de modo que o fato deve ser notificado ao Conselho Tutelar pelo médico, conforme estabelecido pelo anteriormente mencionado artigo 13 do ECA. A omissão da comunicação por parte do médico configura infração administrativa, com fundamento no artigo 245 do estatuto.

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência (Brasil, 1990b).

Contudo, cabe ao profissional da saúde identificar as razões da não vacinação, sendo que casos de indisponibilidade de vacinas, desinformação, dúvidas ou falta de tempo para levar os filhos aos postos de saúde devem ser administrados pelos profissionais com orientações e esclarecimentos.

Portanto, a legislação, mais precisamente o ECA e o CC, possui uma série de dispositivos que incumbem aos pais uma série de deveres em relação às crianças e adolescentes, sendo que o descumprimento de tais obrigações pode acarretar punições aos responsáveis. Ademais, a jurisprudência dirimiu conflitos entre direitos fundamentais, notadamente entre a liberdade de consciência e de crença dos pais e a saúde dos filhos, sendo que, em tais casos, deve prevalecer a saúde

destes. Havendo omissão dos pais, ou conflito entre os citados direitos fundamentais, é cabível a intervenção estatal, sendo que esta deve ser o último recurso e limitada à intervenção terapêutica necessária.

5 Considerações finais

A pesquisa analisou o conjunto de direitos e deveres relacionados à efetivação do direito à saúde das crianças e adolescentes, de modo a dimensionar os contornos da responsabilidade dos pais, bem como os seus limites e possibilidades de responsabilização.

Evidenciou-se que o ordenamento jurídico brasileiro confere especial atenção à saúde das crianças e adolescentes, protegendo e promovendo sua integridade física e mental, cabendo tanto ao Estado quanto à família e à sociedade darem efetividade a tais direitos. Uma vez que, sob o aspecto individual, o direito à saúde implica na possibilidade do indivíduo poder tomar as mais diversas decisões atinentes à sua saúde e bem-estar, incluindo os recursos médicos-sanitários que procurarão e os tipos de tratamento aos quais se submeterão, crianças e adolescentes dependem de seus representantes legais para buscarem e obterem a proteção de sua saúde.

Na condição de absoluta (menores de dezesseis anos) e relativamente incapazes (maiores de dezesseis e menores de dezoito anos), crianças e adolescentes estão impedidas de exercerem pessoalmente seus direitos, exigindo que sejam representadas ou assistidas, em regra, por seus pais. Isso ocorre pelo fato das crianças e adolescentes não emancipados estarem submetidos ao poder familiar, um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor de 18 anos não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último (Ishida, 2015, p. 51). O poder familiar se apresenta como um múnus público, não podendo ser renunciado, transferido ou transacionado, interessando ao Estado o seu bom desempenho e incumbindo aos pais os deveres de cuidar, criar, educar, dar assistência material e psíquica, proporcionando integridade física e mental aos filhos.

Assim, os pais passam a possuir uma série de direitos e deveres relacionados à saúde dos filhos menores de 18 anos não emancipados, cabendo a eles tomarem decisões para a sua efetivação, desde que norteados pelo princípio do melhor interesse e da prioridade absoluta. Os pais devem, portanto, proteger e promover a saúde da criança e do adolescente, levando-os regularmente ao médico, mantendo a vacinação em dia, provendo o bem-estar físico e mental com uma alimentação saudável, condições de higiene, moradia e qualquer outro fator relevante. Ademais, cabe aos pais decidirem, com base em orientações dos profissionais de saúde, a quais tratamentos seu filho se submeterá ou não.

Ao faltarem com tais obrigações, o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o ECA e o CC, possibilita a intervenção estatal na dinâmica familiar e a responsabilização dos pais, com a aplicação de multas ou, até mesmo, a destituição ou suspensão do poder familiar e a responsabilização penal. Contudo, uma eventual intervenção do Estado nas decisões familiares deve ser considerada como último recurso, depois de esgotadas as possibilidades dialógicas, e limitada à intervenção terapêutica necessária.

Além disso, a jurisprudência nacional estabeleceu parâmetros para dirimir conflitos entre direitos fundamentais dos pais e a saúde de seus filhos. Os dois exemplos mencionados (transfusão de sangue em famílias pertencentes à religião de Testemunha de Jeová e hesitação vacinal) são recorrentes na doutrina e na jurisprudência. Em tais casos, constata-se a colisão entre liberdade de consciência e de crença dos pais e a saúde dos filhos menores de 18 anos. Em ambos, prevalece na jurisprudência o entendimento de se proteger a vida e a saúde da criança e do adolescente em detrimento da liberdade de consciência e de crença dos pais. Embora o dever de criar e educar os filhos inclua a transmissão de cultura e de crenças, esta não pode se sobrepor à vida e à saúde da criança e do adolescente, prevalecendo, portanto, os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse.

Por fim, diante da hierarquia supralegal da Convenção sobre os Direitos da Criança no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se a necessidade de renovação do sistema de incapacidades previsto na legislação infraconstitucional, de modo a garantir a efetividade dos princípios da capacidade progressiva e da participação da criança e do adolescente. A persistência de um regime rígido, que ignora a evolução das capacidades individuais dos menores de 18 anos, revela a omissão do Estado brasileiro em compatibilizar seu direito interno com os compromissos internacionais assumidos, permitindo o manuseio do controle de convencionalidade.

A inclusão ativa de crianças e adolescentes nas decisões que afetam sua saúde é medida que não apenas promove sua dignidade e autonomia, mas concretiza a proteção integral em sua dimensão mais ampla e efetiva.

Referências

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun 2022.

ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. **Revista Bioética [online]**. 2016, v. 24, n. 03, pp. 452-458. ISSN 1983-8034. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016243144>. Acesso em: 06 jun. 2022.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos** [recurso eletrônico]. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. p. 117-234

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos** [recurso eletrônico]. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. p. 84-116.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 138**. III Jornada de Direito Civil. 2004 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acessado em: 29 set. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 533**. VI Jornada de Direito Civil. 2013 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>. Acessado em: 29 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 44**. III Jornada de Direito da Saúde 2019 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b-2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acessado em: 29 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucionalcompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999**: Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador". Brasília. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm#:~:text=D3321&text=DECRETO%20No%203.321%20DE,em%20S%C3%A3o%20Salvador%2C%20El%20Salvador. Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 78.231 de 12 de agosto de 1976**: Regulamenta o Programa Nacional de Imunizações. Brasília. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d78231.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 533**. VI Jornada de Direito Civil. 2013 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>. Acessado em: 29 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 44**. III Jornada de Direito da Saúde 2019 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b-2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acessado em: 29 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.259 de 30 de outubro de 1975**: Programa Nacional de Imunizações. Brasília. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**: Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 268.459**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília/DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nr>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1267879**. Relator: Min. Roberto Barroso. 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443541/false>. Acesso em: 29 set. 2023

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.232 de 2019**. 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 29 set. 2023.

COPI, Lygia Maria. **Infâncias, proteção e autonomia**: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública [online]**. 1988, v. 22, n. 1, pp. 57-63. ISSN 1518-8787. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>. Acesso em: 29 set. 2023

DIAS, Eduardo Rocha; NORÓES, Mariane Paiva. Responsabilidade penal de pais Testemunhas de Jeová por recusa de tratamento médico em crianças e adolescentes. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 167-179, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144654>. Acesso em: 17 jun. 2022.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed., atual. São Paulo, SP: Atlas, 2015. xxi, 776 p. ISBN 9788522493456.

KIPPER, Délia José. Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes. **Revista Bioética [online]**. 2015, v. 23, n. 1. pp. 40-50. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015231044>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_criancas.pdf. Acesso em: 07 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Basic Documents**. 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6. Acesso em: 02 out. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA; SOCIEDADE DE PEDIATRIA DE SÃO PAULO. **Manual de Atendimento às Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência**. São Paulo; 2018. Disponível em: https://www.spsp.org.br/downloads/Manual_Atendimento_Crian%C3%A7as_Adolescentes_V%C3%ADtimas_Viol%C3%A7%C3%A3o_2018.pdf. Acesso em: 14 abr. 2025.

VIEIRA, Danilo Porfírio De Castro; CARVALHO, Kelly Araújo Batista de. **O problema da capacidade jurídica da pessoa absolutamente incapaz**: a autonomia da vontade do menor nas relações existenciais. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 12, n. 3, p. 629-655, mar. 2020. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39605>. Acesso em: 02 out. 2023.