



VACINAÇÃO DOS FILHOS MENORES CONTRA A COVID-19: A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NOS CASOS EM QUE HÁ DIVERGÊNCIA DOS PAIS FRENTE À GUARDA COMPARTILHADA

VACCINATION OF MINOR CHILDREN AGAINST COVID-19: THE POSITION OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE IN CASES WHERE THERE IS DIVERGENCE OF PARENTS AGAINST SHARED CUSTODY

Tatiane Caroline Voese D'Avila¹

Caroline Cristiane Werle²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar os tribunais no que diz respeito à vacinação dos filhos menores contra a COVID-19, nos casos em que há divergência dos pais no âmbito da guarda compartilhada. Desta feita, o problema que se pretende responder neste artigo é o seguinte: qual é a posição jurisprudencial do país no que diz respeito à vacinação dos filhos menores contra a COVID-19 nos casos em que há divergência dos pais frente a guarda compartilhada? Assim, num primeiro ensejo o artigo abordará a chegada da COVID-19 no mundo e no Brasil, bem como a importância do direito à saúde, especialmente em um momento tão delicado como o de enfrentamento a uma pandemia. Na sequência, será explicado o que é o poder familiar no âmbito da legislação brasileira, assim como a guarda compartilhada, perpassando por suas principais características. Por fim, o trabalho irá analisar as decisões jurisprudenciais em que há divergência entre os genitores quanto à vacinação de filhos menores contra a COVID-19 no âmbito da guarda compartilhada. Sem a pretensão de esgotar o assunto em pauta, concluiu-se que os tribunais, quando chamada a decidir sobre a vacinação contra a COVID-19 em menores que estejam sob a guarda compartilhada dos pais, se revela mais tendenciosa à vacinação, visto que envolve o direito à saúde do menor. Frente a isso, percebe-se que o que prevalece é o interesse da prole – e não dos pais. Com relação à metodologia, foi utilizado no presente artigo o método hipotético dedutivo, o qual parte de uma hipótese e a longo

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA).

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luís. Pós-graduada em Direito de Família pela Faculdade Dom Alberto. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA). Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.br.



do trabalho se chega a conclusão. Quanto ao método de procedimento, utilizou-se o hipotético dedutivo. Por fim, no que diz respeito à técnica de pesquisa, foi utilizada a bibliográfica.

Palavras-chave: COVID-19; guarda compartilhada; vacinação.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the Brazilian jurisprudence regarding the vaccination of minor children against COVID-19, in cases where there is a divergence of parents in the context of shared custody. Thus, the problem that this article intends to answer is the following: what is the country's jurisprudential position with regard to the vaccination of minor children against COVID-19 in cases where there is disagreement between parents regarding shared custody? Thus, as a first opportunity, the article will address the arrival of COVID-19 in the world and in Brazil, as well as the importance of the right to health, especially in such a delicate moment, as a pandemic. Next, it will be explained what family power is under Brazilian legislation, as well as shared custody, going through its main characteristics. Finally, the work will analyze the jurisprudential decisions in which there is disagreement between the parents regarding the vaccination of minor children against COVID-19 within the scope of shared custody. Without intending to exhaust the subject at hand, it was concluded that Brazilian jurisprudence, when called upon to decide on vaccination against COVID-19 in minors who are under the shared custody of their parents, reveals itself to be more biased towards vaccination, since involves the child's right to health. Faced with this, it is clear that what prevails is the interest of the offspring - and not of the parents. Regarding the methodology, the inductive approach method was used in this article, which starts from a specific analysis to something general. This is because, throughout the development of the work, jurisprudential decisions were analyzed and based on these decisions, a specific conclusion was reached. As for the method of procedure, the monograph was used. Finally, with regard to the research technique, the literature was used.

Keywords: COVID-19; shared guard; vaccination.

1 INTRODUÇÃO

A decisão de ter um filho(a) implica em inúmeras questões e uma delas se refere à guarda, a qual precisa ser estabelecida quando ocorre a separação dos pais. Quando o rompimento do relacionamento acontece, tal situação pode afetar



diretamente o bem-estar da criança ou adolescente. Em razão disso, é necessário sempre priorizar o melhor para o filho(a).

O mais adequado é que a criança/adolescente conviva tanto com a mãe, como com o pai, uma vez que a presença dos genitores é importante para o seu desenvolvimento como pessoa. Assim sendo, nos casos em que for adequado, a melhor alternativa trazida pela legislação civil é a guarda compartilhada, na qual ambos os genitores são responsáveis por todas as decisões relacionadas ao menor e, por meio dessa guarda, se fazem mais presentes na vida do filho(a).

Contudo, a guarda compartilhada, em alguns casos, pode se tornar um grande problema, especialmente quando há constante divergência dos pais sobre determinadas questões relativas à vida dos filhos. E, para agravar a situação, percebe-se que, muitas vezes, a diferença de pensamentos, crenças e opiniões acontece para atingir o ex companheiro(a), e, assim sendo, o bem-estar da criança é colocado em segundo plano. Ainda nessa linha, a divergência entre os pais pode ocorrer em razão de falta de consenso entre eles, onde cada um deles acredita que a sua decisão é a melhor para a criança/adolescente.

Para exemplificar essa divergência, tem-se uma questão bem recente, a qual se revelou durante a pandemia da COVID-19, com a chegada das vacinas. O que começou a se perceber foi o seguinte: nos casos de guarda compartilhada, nem sempre os pais estavam em consenso quanto à vacinação do filho(a). Tal situação acabava por gerar um conflito entre os genitores, os quais acabavam recorrendo ao Poder Judiciário para resolver a problemática.

Em face de tais reflexões, o presente trabalho possui como objetivo principal analisar os tribunais no que diz respeito à vacinação dos filhos menores contra a COVID-19 nos casos em que há divergência dos pais no âmbito da guarda compartilhada.

Desta feita, o problema que se pretende responder neste artigo é o seguinte: qual é a posição jurisprudencial do país no que diz respeito à vacinação dos filhos



menores contra a COVID-19 nos casos em que há divergência dos pais frente à guarda compartilhada?

Assim, com o intuito de responder tal questionamento, o trabalho foi dividido em três capítulos principais: num primeiro momento será abordada a chegada da COVID-19 no mundo e no Brasil, bem como a importância do direito à saúde, especialmente em um momento tão delicado quanto o de uma pandemia.

Na sequência, o artigo abordará o poder familiar no âmbito da legislação brasileira, assim como a guarda compartilhada, perpassando por suas principais características. Por fim, no último item serão analisadas decisões jurisprudenciais em que há divergência entre os genitores quanto à vacinação de filhos menores contra a COVID-19 no âmbito da guarda compartilhada.

Nesse íterim, à metodologia utilizada no presente artigo foi hipotética dedutiva, o qual parte de uma hipótese e a longo do trabalho se chega a conclusão. Quanto ao método de procedimento, utilizou-se o hipotético dedutivo. Por fim, no que diz respeito à técnica de pesquisa, foi utilizada a bibliográfica, a qual teve como base pesquisa em livros, artigos e demais arquivos relacionados ao tema do trabalho.

2 A CHEGADA DA COVID-19 NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE

A COVID-19 teve os primeiros indícios em dezembro de 2019, com a identificação de pacientes com uma síndrome respiratória em Wuhan, na província chinesa de Hubei. Em janeiro de 2020, a China comunicou a ocorrência à OMS (Organização Mundial da Saúde) e a outros países. Então, no dia sete de janeiro de 2020, foi identificado um novo coronavírus, inicialmente chamado de novo 2019-nCoV. (ALMEIDA, 2021).

Exames laboratoriais foram disponibilizados a partir 11 de janeiro de 2020 para a região de Wuhan – local considerado o epicentro da epidemia – e, poucos dias



depois, em vinte de janeiro de 2020, foi adicionada a nomenclatura COVID-19 (Coronavirus Diseases-2019) ao grupo das doenças de notificação compulsória. (ALMEIDA, 2021).

No início do surto, todos os casos estavam relacionados a um mercado de frutos do mar e animais vivos, também em Wuhan. Nos primeiros trinta dias, a China contabilizou 11.821 casos e 259 óbitos. Em janeiro de 2020, a doença foi registrada em outros países da Ásia, Europa e América do Norte. Em razão disso, a OMS declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). O vírus continuou se espalhando e, em um cenário com mais de 110 mil casos distribuídos em 114 países, a referida organização mundial acabou decretando a pandemia no dia onze de março de 2020. (CAVALCANTE, 2020).

No Brasil, o primeiro caso ocorreu em vinte e seis de fevereiro de 2020. O homem de 61 anos, que morava em São Paulo, tinha chegado ao país de uma viagem feita à Itália, estava assintomático e foi deixado em quarentena domiciliar. No dia onze de março, o Distrito Federal estabeleceu medidas de distanciamento social. Além dele, ações parecidas foram tomadas nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Com o alastramento rápido do vírus, demais estados passaram a adotar medidas semelhantes.

Em 17 de março o Brasil teve a primeira morte pela COVID-19. A situação ocorreu no estado de São Paulo e acabou vitimando um homem de 62 anos de idade. Já no dia 26, várias cidades do país estavam com ruas vazias devido às medidas de quarentena anunciadas pelos governos estaduais. Um mês depois, desde que a primeira morte foi registrada no Brasil, o país contabilizava mais de sessenta mortos pela doença (GLOBO, 2020).

Então, medidas mais rigorosas passaram a ser tomadas, levando o Ministério da Saúde a se posicionar. O referido ministério adotou o isolamento social, com o objetivo de conter os casos, o que chamavam de “achatar a curva”. Indo contra a corrente, o presidente da república do Brasil defendeu que este isolamento deveria



ocorrer apenas para o grupo de risco, a fim de não afetar tão drasticamente o setor econômico do país.

No entanto, com tal posicionamento, o Poder Executivo Federal acabou gerando um imbróglio: fez parecer com que não fosse possível ter a garantia dos empregos e economia estável se o isolamento social – um dos únicos meios na época capaz de frenar a disseminação do vírus – fosse aplicado. Tal situação acabou colocando, de certa forma, a economia do país em rivalidade com a saúde. Assim, determinados brasileiros defendiam o isolamento social, enquanto outros acreditavam não ser necessária tal medida.

Com isso, acaba por vir à tona a questão do direito à saúde. Não se trata apenas de evitar a propagação de doenças ou do vírus da COVID-19. Falar sobre o Direito a Saúde envolve diversas áreas que se interligam, visto que está relacionado diretamente com o direito do próximo. Não é algo interdependente e intercomplementar, uma vez que se uma pessoa não se vacina, é possível afirmar que, de certa forma, isso atinge o direito à saúde do outro.

Uma saúde “moderna”, com a visão egoísta e restrita ao próprio corpo do sistema colonial, patriarcal e heterossexual, não é capaz de enfrentar os dilemas provocados pela pandemia. Mais do que nunca, o direito à saúde depende de uma ampliação da própria visão epistêmica do Direito, da sociedade e do Estado para enxergar os problemas da desigualdade política, social e jurídica, (Revista Direito e Práxis, vol. 12, no. 2, 2021 apud CRENSHAW, 1989).

Em decorrência do distanciamento social e de medidas adotadas para o combate à pandemia da COVID-19, deu-se início a um grande dilema nas famílias brasileiras, principalmente para aquelas que tem a guarda compartilhada dos filhos e precisam cumprir com todas as exigências deste tipo de guarda.

Diante disso, o Poder Judiciário, em suas decisões, acaba dando uma atenção ainda mais especial aos princípios familiares trazidos pela Constituição Federal de 1988 e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nesse âmbito,



tem-se o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual trata de garantir à criança e ao adolescente, por parte da família e do Estado, os seus direitos básicos para se ter uma vida digna; e, ainda, o artigo 1º do ECA, que trata da proteção integral à criança e ao adolescente (BRASIL, 1988).

Toda essa situação impacta, também, na forma de como o direito à vida repercute na sociedade, uma vez que ele deve ser assegurado, de acordo com a teoria concepcionista, desde o momento da concepção. Portanto, deve existir uma estrutura adequada e que seja capaz de garantir o nascimento seguro, bem como para disponibilizar uma vida saudável, que compreende a prevenção e a manutenção da saúde. Além disso, é preciso que se assegure os meios para se ter um nível de vida compatível com o que se entende por digno (SALEME, 2021).

Em face dessa perspectiva, o direito à saúde, no Brasil, é compreendido como um direito social e está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º. Tal direito é um direito de todos e, além disso, é pode ser enquadrado como um dever do Estado, que o garante à população por meio de políticas públicas e sociais. Ainda, cabe destacar que o direito à saúde está fundamentado junto ao artigo 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, os quais asseguram que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (BRASIL, 1988).

Ocorre que durante a pandemia da COVID-19, enormes foram os desafios para que, de fato, o direito à saúde fosse promovido a todos os brasileiros, isto porque o Brasil é um país marcado por desigualdades sociais, conforme traz o autor:

No entanto, os desafios no enfrentamento da pandemia num país de dimensões continentais e com uma realidade marcada por desigualdades sociais de toda ordem, desde renda, gênero, raça, etnia, que se traduzem em brutais desigualdades nas condições e qualidade de vida de seus cidadãos, são imensos (ALMEIDA, 2021, p. 68).

No Brasil, tem-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que se trata se um dos maiores e mais completos sistemas de saúde globais. Seu objetivo, dentre tantos outros, é justamente promover a saúde para todos, sem discriminação. No entanto,



com a chegada da pandemia, tal sistema sofreu uma sobrecarga, pois, além de prestar a assistência médica à população, passou a ter que dar conta de ações de alta complexidade tecnológica, como também de ações voltadas à garantia da segurança sanitária dos cidadãos (ALMEIDA, 2021).

Afora isso, no que diz respeito ao direito à saúde, cabe ressaltar que tal direito também está elencado no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o referido diploma garante aos menores o direito à proteção à vida e à saúde por meio de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento em condições dignas (BRASIL, 1990).

Além do mais, a leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que não é dever apenas do Estado promover a saúde e as devidas condições de acesso a tal direito, mas, também, dos responsáveis pelas crianças e adolescentes em assegurar que, de fato, ocorra sua concretização prática. Assim, tem-se que a família, a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar o direito à saúde garantido na legislação brasileira.

Analisada a chegada da pandemia da COVID-19 no mundo e no Brasil, assim como vistos alguns aspectos pertinentes sobre o direito à saúde, passa-se, então, para o próximo item da pesquisa, o qual irá estudar sobre o poder familiar e, também, sobre a guarda no âmbito da legislação brasileira.

3 O PODER FAMILIAR E A DIFERENÇA DA GUARDA COMPARTILHADA COM RELAÇÃO À GUARDA UNILATERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O poder familiar possui características muito específicas do direito protetivo. E isso ocorre em virtude de que os pais devem zelar pela proteção de seus filhos, bem como pelo 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, deixando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988)

Tal poder está expressamente previsto no artigo 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, sendo que no exercício do poder familiar, os pais assumem um dever natural e legal de proteção para seus filhos, acompanhando estes durante toda a fase de amadurecimento, desenvolvimento e formação.

O poder familiar tem como base dois princípios importantes, quais sejam: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, também, no princípio da igualdade entre os cônjuges. Isso ocorre justamente porque tais princípios estabelecem, com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres, a tarefa de criação e educação da prole e, também, de zelo pelos aspectos morais e materiais dos filhos, enquanto ainda menores.

Conforme disposto ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em mira o princípio do melhor interesse, consolidou a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente e dispôs no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral desta lei, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, com vistas a lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (MADALENO, 2022).

Mas, afinal de contas, quem está submetido ao poder familiar? Conforme preceituam os artigos 1.630 e 1.630 do Código Civil brasileiro, estão sujeitos ao poder familiar os filhos menores e, também, aqueles que ainda não foram emancipados. Afora isso, cabe destacar que tal poder se refere tanto aos filhos naturais, oriundos ou não do casamento, ou quando resultantes de outra origem, aqui subentendidos os filhos socioafetivos, bem como os adotivos (MADALENO, 2022).

Quanto à titularidade do poder familiar, esta está prevista junto aos artigos 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.631 do Código Civil brasileiro, os quais



afirmam que o poder familiar é exercido por ambos os pais durante o casamento/união estável. Contudo, tal poder poderá ser exercido com exclusividade por apenas um deles nos casos de falta ou impedimento do outro genitor, e, se entre eles houver divergência, será assegurado a qualquer dos pais recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2002).

Na prática, o poder familiar encontra sua base no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, cujo dispositivo afirma como deveres inerentes aos pais os deveres de assistência, criação e educação dos filhos menores. Da mesma forma, cita-se o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece ser incumbência dos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

O artigo 1.634 do Código Civil impõe aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, alguns deveres, tais como: dirigir-lhes a criação e educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico; 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 (BRASIL, 2002).

Não obstante, resta salientar que se os pais estiverem separados, tal fator não justifica o fato de um deles se ausentar da responsabilidade do poder familiar, pois é seu dever participar efetivamente da vida afetiva e sentimental do filho. Mesmo nas circunstâncias de desordem familiar, ambos os genitores têm direito a uma adequada comunicação com a prole, para que de fato sejam ativos e responsáveis pela educação dos menores (SIMÃO, 2008).

Ocorrendo a omissão deste fundamental dever de cumprir na prática o papel de pai e mãe, os genitores serão responsabilizados conforme a legislação brasileira. No entanto, essa omissão por parte dos pais, muitas vezes causa danos irreparáveis



na vida dos filhos, o que implica graves consequências não só na fase infantil, como na adolescência e na vida adulta também.

Assim, destaca-se que poderá ocorrer a extinção, a suspensão ou até mesmo a perda do poder familiar. São causas de extinção do poder familiar a morte dos pais ou do filho e a emancipação do menor, a qual tem como base as regras contidas no artigo 5º do Código Civil brasileiro. Já com a maioridade, aos dezoito anos completos, cessa o poder familiar, ficando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil (BRASIL, 2002).

Também existe a hipótese prevista no inciso V do artigo 1.635 do Código Civil brasileiro, a qual implica na perda do poder familiar por ato judicial do pai ou da mãe que cometer as seguintes atitudes: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas que justificam a suspensão do poder familiar, quais sejam: abuso de autoridade dos pais, quando faltam aos deveres inerentes à sua função parental ou quando arruinam os bens dos filhos (BRASIL, 2002).

Além dessas, são causas de destituição do poder familiar, praticar contra filho, filha ou outro descendente: 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; estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão (BRASIL, 2002).

Diversos são os motivos geradores da intervenção judicial para a adoção de posições jurídicas referente aos interesses da criança e do adolescente. Neste passo, pode ocorrer a suspensão temporária do poder familiar, a qual perdura o tempo necessário, sendo muito frequente a sua aplicação nas disputas sobre o direito de convivência, quando o genitor guardião procura impedir as visitas do outro progenitor, tratando o Poder Judiciário de alterar a guarda; como também de suspender o poder



familiar quando houver a constatação de uma falta grave do pai ou da mãe sobre o filho(a).

Após compreender o que é o poder familiar, importante adentrar no âmbito da guarda compartilhada ou conjunta, a qual é a modalidade preferível no sistema brasileiro, uma vez que nesse tipo de guarda não há exclusividade em seu exercício. Isto é, ambos os genitores a detêm e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. Diferentemente da guarda unilateral, que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

A partir da Lei n. 11.698/2008, a guarda compartilhada passou a ser a modalidade preferível no Brasil. Após, com a chegada da Lei n. 13.058/2014, a referida guarda passou a ser o regime prioritário, salvo manifestação de recusa expressa de um dos genitores ou quando o juiz entender que não é passível de aplicação. Com isso, se tem um avanço na busca pela pacificação de conflitos referentes à guarda, bem como um estímulo à paternidade responsável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

Esse tipo de guarda é preferível por conta das suas vantagens, uma vez que não existe a exclusividade típica da guarda unilateral, que é exercida por apenas um dos genitores. Assim, obtém-se um resultado positivo em relação ao psicológico da criança ou do adolescente que passa a sofrer menos com o fim da relação conjugal dos genitores. O que não ocorre na guarda unilateral, uma vez que apenas um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

No Brasil, antes mesmo da aprovação da Lei da Guarda Compartilhada – Lei n. 13.058/2014 –, muitas decisões judiciais já aplicavam essa modalidade de guarda na prática. Isso ocorria porque tal modalidade propiciava, na maioria dos casos, a manutenção de um bom diálogo mesmo com o fim da relação dos genitores. Ela era aplicada justamente por se buscar um melhor bem-estar do menor. Isto é o ideal para



uma solução civilizada e consciente sobre a responsabilidade da criança e adolescente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

Neste sentido, cabe analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais (STJ, 2011).

A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial (STJ, 2011).

A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta (STJ, 2011).

A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar (STJ, 2011).

Desta forma, percebe-se que a modalidade da guarda compartilhada permite que, tanto o pai quanto a mãe, sejam referências na vida do filho. Então, mesmo que haja algum desentendimento entre os pais enquanto ex cônjuges, eles se propõem viver em harmonia para que seja preservado o melhor interesse da criança/adolescente.

Entretanto, a guarda compartilhada, assim como possui pontos positivos, também pode ter pontos negativos, os quais se revelam quando não se obtém uma solução madura e negociada sobre a vida dos filhos. Neste passo, é inviável a



imposição estatal de um compartilhamento da guarda, justamente porque o mau relacionamento do casal poderá colocar em risco a integridade da prole.

Assim, caso o juiz não verifique maturidade e respeito entre os pais, é recomendável que somente se imponha a medida mediante um acompanhamento interdisciplinar e, ainda que se tenha o acompanhamento, se não tiver um resultado positivo, o ideal é não impor a guarda compartilhada justamente pela impossibilidade prática de êxito.

A partir de tais apontamentos, pode-se concluir que a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visto que ela deve ser aplicada sempre tendo como base o benefício da prole.

Analisado o poder familiar, bem como a diferença da guarda compartilhada com relação a guarda unilateral no que diz respeito a legislação brasileira, encaminha-se então, para o último item da pesquisa, o qual irá abordar as decisões dos tribunais brasileiros, quando os pais detêm a guarda compartilhada e há divergência entre eles sobre a vacinação dos filhos frente a COVID-19.

4 VACINAÇÃO DOS FILHOS MENORES CONTRA A COVID-19: A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NOS CASOS EM QUE HÁ DIVERGÊNCIA DOS PAIS NO ÂMBITO DA GUARDA COMPARTILHADA

Quando os pais têm a guarda compartilhada, as decisões sobre o menor precisam ser tomadas em conjunto, pois este é o propósito dessa modalidade de guarda. Com a separação dos pais, o ascendente guardião acaba chamando para si as decisões mais imediatas da vida dos filhos sob a sua custódia fática ou legal, e ficando para os pais decidirem em conjunto as questões de maior porte e relevância, favorecendo o exercício da guarda compartilhada jurídica, se houver efetivo diálogo entre o casal separado (MADALENO, 2022).



Com relação à vacina contra a COVID-19, cabe destacar que ela não compõe o calendário de vacinas nacionais. Em razão disso, parte-se da seguinte ideia: se a guarda é compartilhada entre os pais, a decisão sobre a vacinação da prole se dá, em regra, de forma conjunta. Dentro dessa perspectiva, se por acaso um dos genitores for contrário à decisão de vacinar ou não, conforme determina o artigo 1.690 do Código Civil brasileiro³, caberá a este genitor solicitar que ao juiz que decida a situação (BRASIL, 2002).

É, então, que entra o Poder Judiciário, pois quando há a falta de consenso entre os pais, o caso é analisado e a recomendação das autoridades sanitárias poderá prevalecer como regra de julgamento. A Lei nº 13.979/2020 estabeleceu a vacinação como uma das medidas obrigatórias para o enfrentamento da pandemia. Neste passo, após a aprovação da ANVISA, o Supremo Tribunal Federal determinou que os órgãos competentes aplicassem as medidas necessárias para o cumprimento da vacinação em crianças e adolescentes contra a COVID-19.

Cabe ressaltar que o artigo 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente afirma ser obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. E, neste mesmo sentido, tem-se o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual aduz que é dever do Estado proteger crianças e adolescentes. Portanto, levando em consideração as normas apresentadas, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul considera a vacinação obrigatória, orientando a população a buscar a imunização das crianças.

Em toda situação que envolver uma criança ou um adolescente, deve-se primar pela solução que garanta, em maior extensão, os direitos que lhe são assegurados. Não se trata, portanto, de seguir apenas as convicções pessoais do responsável pela criança, a qual constitui-se

³ Artigo 1.690 do Código Civil brasileiro: compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.



em sujeito de direitos, devendo sempre toda decisão a seu respeito ser pautada no seu melhor interesse (ANADEP, 2022).

Quando os pais vão contra este entendimento, medidas são aplicadas para que se cumpra o direito à saúde do menor. Cabe destacar, no entanto, que não se deve pensar em medidas rigorosas, como perda da guarda, por exemplo. Isso porque, assim, estaria sendo violado o direito da convivência familiar. Segundo entendimento jurisprudencial, ninguém pode ser forçado a vacinar o filho, mas se ele tiver algum problema de saúde em decorrência da não vacinação, os genitores poderão ser penalizados (ANADEP, 2022).

Para exemplificar de forma concreta, destaca-se a decisão da Justiça do Rio de Janeiro, a qual concedeu a uma mãe uma liminar que a autorizou a vacinar o filho de oito anos contra a COVID-19. A genitora decidiu entrar com uma ação na 2ª Vara de Família de Jacarepaguá depois que o ex-marido a notificou extrajudicialmente, tentando impedir a vacinação do filho. A liminar saiu e no dia seguinte a criança foi vacinada no posto de saúde próximo da casa onde reside com a mãe (TJRJ, 2022).

O pai foi contra a vacinação do menor, pois na sua interpretação com base em pesquisas e dados, a vacina ainda era experimental, podendo desencadear efeitos negativos à saúde do filho. A juíza Gisele Silva Jardim rebateu os argumentos do genitor e teve como base para a sua decisão medidas anteriores, sendo que uma delas foi a decisão de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em que o ministro Luís Roberto Barroso negou recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou a vacinação infantil contra a COVID-19, ainda que contrária à convicção filosófica dos pais (TJRJ, 2022).

Além do caso em tela, apresenta-se também a apelação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual trata de dissenso entre os genitores quanto à eficácia do imunizante. Na decisão ficou expressamente prevista a ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica, devendo prevalecer o direito à saúde das adolescentes (TJSP, 2022).



O autor ajuizou a ação de obrigação de fazer pretendendo obrigar a genitora de suas filhas a providenciar a imunização contra COVID-19. No caso, as partes exerciam a guarda compartilhada das filhas. Assim sendo, em regra, competiria a ambos decidir sobre saúde das adolescentes. No processo, a discussão se deu em razão da não concordância entre os genitores quanto à segurança e eficácia da imunização contra COVID-19 (TJSP, 2022).

Na decisão, entendeu-se que o pedido deduzido em juízo se revelou possível, caracterizando o interesse processual do genitor e o caráter contencioso da demanda, eis que a requerida, além de não atender ao pedido formulado pelo apelante, resistiu ao pedido inicial. Aplicou-se, portanto, a tese vinculante firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 1.267.879/SP (Tema nº 1.103), proferido 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 (STF).

No caso discutido nos autos, restou ausente qualquer justificativa de natureza médica para obstar a imunização das adolescentes contra a COVID-19, e levando-se em consideração o melhor interesse das menores, ficou evidenciado o dever da requerida em cooperar no sentido de que as filhas fossem devidamente vacinadas (TJSP, 2022).

Além dos casos acima exemplificados, destaca-se outra decisão: um recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, mesmo que isso fosse contrário às suas convicções filosóficas (STF, 2021).



A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente pelo artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos, bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente, conforme determina o artigo 227 da Carta Constitucional (STF, 2021).

Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais citam-se os seguintes: o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (STF, 2021).

Assim, foi desprovido o recurso extraordinário, com a fixação da 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 (STF, 2021).

Em razão do exposto, pode-se concluir que a posição jurisprudencial do país, no que diz respeito à vacinação dos filhos contra a COVID-19 nos casos em que há divergência dos pais frente à guarda compartilhada, é positiva para a vacinação, isto porque se trata de um direito de suma importância na vida do menor, qual seja: a saúde. Afora isso, nos casos em que há guarda compartilhada o objetivo sempre será o melhor interesse do menor – e não dos pais ou sobre o que estes pensam.



Por isso, é imperioso destacar que ao ter essa falta de consenso entre os genitores, é necessário seguir o ordenamento jurídico, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro que é dever dos pais garantir aos menores a proteção à vida e à saúde por meio de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento em condições dignas. E, ainda, conforme determina o artigo 14 do referido diploma, é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (BRASIL, 1990).

Com isso, conclui-se que é sempre necessário respeitar os princípios do poder familiar, quais sejam: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da igualdade entre os genitores. Isto porque eles estabelecem, com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres, a tarefa de criação e educação da prole e, também, de zelo pelos aspectos morais e materiais dos filhos, enquanto ainda menores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se propôs analisar os tribunais no que diz respeito à vacinação dos filhos menores contra a COVID-19, nos casos em que há divergência dos pais no âmbito da guarda compartilhada. Desta feita, analisadas em média sete decisões, das quais três foram apresentadas no presente artigo, foi possível concluir que o Poder Judiciário brasileiro entende que, em tais casos, a vacinação é a melhor solução.

Isto porque o Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro que é dever dos pais preservar aos menores o direito à proteção à vida e à saúde por meio de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento em condições dignas. E, ainda, conforme artigo 14 do referido diploma, é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

Este entendimento diz respeito ao poder familiar, o qual tem como base dois princípios, quais sejam: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e



o princípio da igualdade entre os cônjuges/genitores. Tais princípios estabelecem, com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres, a tarefa de criação e educação da prole e, também, de zelo pelos aspectos morais e materiais dos filhos, enquanto ainda menores.

Dito isso, cabe, ainda, fazer uma ressalva: é evidente que a guarda compartilhada somente será, de fato, positiva se ambos os genitores compreenderem que independente da relação deles, o que deve prevalecer é sempre o melhor interesse da criança – e não o seu próprio pensamento/convicção.

Por fim, resta evidente que a chegada da COVID-19 no Brasil e no mundo trouxe muitas adversidades e, com isso, a necessidade de compreender a importância do direito à saúde, uma vez que este norteia muitas decisões a serem tomadas, principalmente em um momento delicado como o de uma pandemia.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Verônica Scriptor Freire E. **Direito da saúde na era pós Covid-19.** Grupo Almedina (Portugal), 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271620/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

CAVALCANTE, João Roberto et al. **COVID-19 no Brasil:** evolução da epidemia até a semana epidemiológica. Epidemiol. Serv. Saúde. Brasília, v. 29, n. 4, set. 2020. Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2022.

CONSEQUÊNCIAS. **Saiba quais as consequências legais caso pais, mães ou responsáveis legais não vacinem as crianças contra a covid-19.** <<https://www.defensoria.rs.def.br/saiba-quais-as-consequencias-legais-caso-pais-maes-ou-responsaveis-legais-nao-vacinem-as-criancas-contr-a-covid-19>>. Acesso em: 19 de out. 2022.



CONVICÇÃO FILOSÓFICA. É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica.

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>> Acesso em 23 de out. 2022.

DIREITO A SAÚDE. Vacinação infantil: a exigência da obrigatoriedade esbarra nos direitos à Educação e à saúde?

<<https://novaescola.org.br/conteudo/21068/vacinacao-infantil-a-exigencia-da-obrigatoriedade-esbarra-nos-direitos-a-educacao-e-a-saude>> Acesso em: 20 de set 2022.

DIREITO DO FILHO. Vacinação de crianças: quando a crença dos pais colide com o direito do filho. <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/cigolini-vacinacao-criancas-covid-19>> Acesso em: 20 de out. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>>. Acesso em: 01 out. 2022.

GLOBO. **Cronologia da doença do Brasil.** <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/06/coronavirus-veja-a-cronologia-da-doenca-no-brasil.ghtml>> Acesso em: 28 de ago. 2022.

JURISTAS. Pais são obrigados pelo ECA a vacinar crianças? Decisão divide juristas. < <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pais-sao-obrigados-pelo-eca-a-vacinar-criancas-decisao-divide-juristas/>> Acesso em: 19 de out. 2022.

LIMINAR. Mãe consegue liminar para vacinar filho contra a vontade do pai.

<https://extra.globo.com/noticias/rio/mae-consegue-liminar-para-vacinar-filho-contravontade-do-pai-25382666.html?utm_source=WhatsApp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar.%20Acesso%20em%202022.02.2022> Acesso em: 20 de set. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644872/>>. Acesso em: 07 set. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada.** 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>. Acesso em: 07 de set. 2022.



PODER FAMILIAR. **Recusa em vacinar crianças contra Covid-19 pode levar a multa e suspensão do poder familiar, alerta especialista.**

<<https://ibdfam.org.br/noticias/9290/Recusa+em+vacinar+crian%C3%A7as+contra+Covid19+pode+levar+a+multa+e+suspens%C3%A3o+do+poder+familiar%2C+alerta+especialista>> Acesso em: 19 de out. 2022.

SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. 4 ed. 2021. Editora Manole, 2021.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555764079/>>. Acesso em: 20 set. 2022.

SARS-Cov-2. **O exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia da COVID-19.**

<<https://ibdfam.org.br/artigos/1726/O+exerc%C3%ADcio+da+guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+da+COVID-19>> Acesso em: 07 de set. 2022.

SILVA, Diego Bacha e; et. al. **Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional**: uma perspectiva crítica da pandemia. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/FvQc8dDf7BjgYmgkW353ySr/>> Acesso em: 04 de set. 2022.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LEAL, Larissa Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (org.). **Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões**. Brasília: OAB, 2020.

(STJ – REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011).

PERSPECTIVA CRITICA A PANDEMIA Disponível em:

<https://www.redalyc.org/journal/3509/350967498003/html/> Acesso em: 18 de nov.2022.