

O melhor interesse da criança e as relações de saúde: como avaliar a decisão dos pais sobre o tratamento dos filhos?

The child's best interest and healthcare: how to evaluate parent's decision about their child's treatment?

Marina Guimarães Rufato¹

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Orientador)²

Resumo

O princípio do melhor interesse da criança tem como uma de suas principais características a indeterminabilidade de seu conceito. Todavia, esse pode ser um problema ao aplicá-lo nas relações de saúde de crianças nas quais os pais tomam as decisões, porque uma definição muito ampla abre espaço para análises controversas. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é determinar um parâmetro para avaliar a observância do princípio do melhor interesse da criança nas decisões parentais no que consiste aos tratamentos dos filhos. A pesquisa utilizou-se da metodologia jurídico-dogmática, de cunho bibliográfico, e teve como base livros e artigos, nacionais e estrangeiros. Além disso, usou-se a legislação, mais especificamente, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Constituição Federal. Como resultado, determinou-se um parâmetro baseado na avaliação do dano, tendo em vista os fundamentos e princípios jurídicos que norteiam a proteção da criança e a autoridade parental na legislação brasileira.

Palavras-chave: Autoridade parental, princípio do melhor interesse, parâmetro de avaliação.

Abstract

The principle of the best interest of the child holds as one of its main features its concept's indeterminability. However, such attribute can become a problem whilst applying the principle on children's health relationships, in which parents make the decisions, whereas a wide definition opens space for controvertial analysis. In that regard, this

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq), e do PETI-Direito (UFLA).

² Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/Minas). Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Líder do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq). Tutor no Programa de Educação Tutorial Institucional da Universidade Federal de Lavras (PETI/UFLA).

research aims to determine a parameter to evaluate the observance of the best interest of the child principle in parental decisions in reference to child care. The search employed the juridic-dogmatic methodology, bibliographical, and was embased on books and articles, national and foreign. Furthermore, it used the law, more especifically, the Código Civil, the Estatuto da Criança e do Adolescente, the Convenção dos Direitos da Criança and the Constituição Federal. As a result, it was determined a parameter based of harm evaluation, in view of the fundaments and juridical principles that guide child protection and the parental authority in Brazilian legislation.

Keywords: Parental authority, principle of the best interest, evaluation parameter.

Sumário:

Introdução. A criança e a autoridade parental no Direito Brasileiro. Autonomia e heteroproteção: a autoridade parental e sua função promocional. A capacidade natural de agir e os limites da autoridade parental. O princípio do melhor interesse: um guia para a parentalidade. Afinal, o que é melhor interesse? A (in)determinabilidade do conceito. Desenvolvimento de critérios para a aplicação do melhor interesse em saúde: o parâmetro do dano. O método de aplicação do parâmetro do dano. Aplicação dos critérios em um caso concreto. Críticas, respostas e conclusões. A Zona de Discricionariiedade Parental (ZDP). A aplicação do método. A compatibilização entre a Zona de Discricionariiedade Parental e o parâmetro do dano: desenvolvimento de um método. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Content:

Introduction. The children and the parental authority in the Brazilian law. Autonomy and protection: parental authority and it's promotional function. The natural capacity of acting and the limits of parental authority. The best interest of the child principle: a guide for parenting. After all, what is best interest? The (in)determinability of the concept. Development of parameters criteria for the application of the best interest in health: the Harm Threshold. The method of applying the harm threshold. Applying the criteria in a case. Critiques, answers and conclusions. The Zone of Parental Discretion (ZPD). Applying the method. The compatibility between the Zone of Parental Discretion and the harm threshold: developing a method. Final considerations. References.

1 Introdução:

A autoridade parental é a primeira esfera de cuidados que se tem com as crianças na sociedade. É devido a esse instituto que os pais possuem obrigações de cuidado e promoção da autonomia de seus filhos. Por essa razão, no caso das relações de saúde, a parentalidade pressupõe o dever de autorização ou recusa de tratamentos em prol das crianças. Todavia, esse dever não configura uma liberdade irrestrita na tomada de decisão, já que essa deve ser realizada visando sempre ao benefício da criança. Por isso, é necessário que haja uma baliza que determine se a decisão dos genitores cumpre, ou não, com a função da autoridade parental, a qual é diretamente atrelada ao princípio do melhor interesse da criança.

O objetivo deste trabalho é definir um parâmetro concreto que permita avaliar se a tomada de decisão dos pais é compatível com o melhor interesse da criança, bem como justifique, se for o caso, uma intervenção estatal que vise a observar o mesmo princípio. O recorte da pesquisa se encontra na tomada de decisão dos genitores pelos filhos no âmbito de saúde, em situações nas quais estes não possuem capacidade para consentir.

A fim de atingir o fim proposto, em um primeiro momento, foi estudada a autoridade parental, com foco na natureza e função do instituto. Buscou-se com este tópico a determinação do fundamento da tomada de decisão dos pais pelos filhos, bem como os limites de sua atuação. Em um segundo momento, foi compreendido o princípio do melhor interesse da criança, com especial enfoque no fato de que se trata de um conceito indeterminado, o que dificulta sua aplicação direta como parâmetro de avaliação ou sobreposição da decisão dos pais.

Entende-se imprescindível a utilização de um parâmetro, que possa ser reproduzido em casos de mesma natureza, que gere decisões coerentes entre si, e que determine, com maior precisão, o escopo do melhor interesse nas relações de saúde nas quais os pais tomam decisões pelos filhos. Em virtude disso, em um terceiro momento foram analisados dois métodos, identificados na doutrina norte-americana, que se compõem de critérios mais objetivos para preencher a indeterminabilidade do conceito de melhor interesse: o parâmetro do dano e a Zona de Discricionariedade Parental.

Em razão da incompatibilidade dos fundamentos dos parâmetros estudados com a legislação brasileira, determinou-se um terceiro parâmetro, construído a partir dos dois anteriores, que possui como característica fundamental a coerência com o ordenamento

jurídico nacional, bem como permite a avaliação objetiva da decisão à luz do princípio do melhor interesse no caso concreto. Assim, embora seus critérios sejam semelhantes àqueles retirados da doutrina estadunidense, os fundamentos são completamente adaptados.

2 A criança e a autoridade parental no Direito brasileiro

A família é a base da sociedade. Esse é o entendimento do artigo 226 da Constituição Federal, o qual, por conseguinte, destina a esse instituto uma proteção especial.³ Essa tutela se justifica pelo fato de ser em seu âmbito que o sujeito desenvolve sua personalidade, bem como constrói sua autonomia.⁴ Destarte, a função da entidade familiar consiste na garantia do desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros.⁵

Nessa esteira, é certo que o desenvolvimento dos atributos individuais começa na infância. É nesse momento que o sujeito se descobre e, paulatinamente, se torna um ser autônomo. Assim, ressalta-se ainda mais a importância da entidade familiar na formação das crianças. Por reconhecer essa relevância, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), incorporada ao Direito brasileiro, evidencia em seu preâmbulo que

A família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.⁶

Nesse sentido, a proteção às crianças se dá, de modo prioritário, por meio da autoridade parental. Trata-se de instituto cuja prioridade é o cuidado com os filhos menores, e, por isso, é imprescindível compreender a sua natureza e sua função.

³ Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁴ MULTEDO, Renata Vilela. A heteronomia estatal no exercício da autoridade parental. In: MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 107.

⁵ LÔBO, Paulo. Família brasileira: origens, repersonalização e constitucionalização. In: LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, v. 5, 10^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 15.

⁶ BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: <https://bit.ly/3qRHXgo>. Acesso em: 16 mar. 2021.

2.1 Autonomia e heteroproteção: a autoridade parental e sua função promocional

O amadurecimento gradativo da criança requer um ambiente propício ao desenvolvimento de sua personalidade. Assim, a autoridade parental se constitui como uma unidade básica de heteroproteção⁷, ou seja, é responsável pela primeira tutela do filho. Esse instituto tem como prerrogativa a necessidade de que os pais ajam em observância às necessidades dos filhos até que eles sejam autônomos e possam agir e viver de maneira independente.

Nesse contexto, é necessário ressaltar que o foco das atenções da autoridade parental reside na criança à qual esta se projeta. O que se tutela não são os interesses ou direitos dos genitores, tendo em vista que estes são instrumentalizados às necessidades dos filhos menores. Busca-se o desenvolvimento integral destes últimos, que ainda não podem se autogerir em todos os aspectos da vida, e precisam de cuidados e supervisão. O exercício da autoridade parental se justifica, então, na proteção e na promoção da autonomia, de maneira que o instituto assume, na realidade, uma função educativa. Nas palavras de Renata Vilela Multedo:

Ela [a autoridade parental] tem a finalidade precípua de promover o desenvolvimento da personalidade dos filhos, respeitando sua dignidade pessoal. Ao assumir essa função, a autoridade parental não significa mais somente o cerceamento de liberdade ou, na expressão popular, a ‘imposição de limites’, mas, principalmente, a promoção dos filhos em direção à emancipação. [...] O desafio está justamente em encontrar a medida entre cuidar e emancipar.⁸

Como tal, sua natureza não pode ser um direito subjetivo dos genitores sobre os filhos, tampouco um poder irrestrito daqueles sobre estes. Estabelece-se um binômio direito-dever, que recai sobre os pais⁹, por um lado, existe um rol de obrigações protetivas, que decorre justamente da condição manifesta de vulnerabilidade das crianças em razão de sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento. Por outro, a fim de garantir a observância desse rol de deveres, é necessário conceder aos pais alguns poderes, que são

⁷ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

⁸ MULTEDO, Renata Vilela. A heteronomia estatal no exercício da autoridade parental. In: MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*, Rio de Janeiro: Processo, 2017. pp. 105-196, pp.109-110.

⁹ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

instrumentalizados para o benefício dos filhos. Tratam-se de “poderes organizatórios concedidos no quadro da autonomia familiar”.¹⁰

Frente a isso, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.634, um rol de deveres que competem aos pais no exercício da autoridade parental, nomeada pelo enunciado normativo como “poder familiar”. Segundo a lei,

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;

[...] ¹¹

Importa destacar a obrigação de criação e assistência, que encontra respaldo tanto no dispositivo referido, como na Constituição, a qual define em seu artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. O conteúdo dessas atribuições pode ser definido pela observância e satisfação das necessidades básicas da criança, como moradia, educação e, inclusive, cuidados médicos.¹²

Essas obrigações se extinguem com o fim da autoridade parental, a qual se limita a existir enquanto o filho for menor de 18 anos, segundo o art. 1.635, III do Código Civil.¹³ Todavia, embora haja um marco etário definido para o fim da autoridade parental, é

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito das Famílias*, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3wRhg1I>. Acesso em 20 out. 2021.

¹¹ Art. 1.634 do Código Civil: 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 sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) 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.

¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O lugar jurídico da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 140.

¹³ Cf.: Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3qSbkSj>. Acesso em 22 mar. 2022.

válido lembrar sua função promocional, no sentido de garantir à criança o desenvolvimento de sua autonomia ainda enquanto sujeita aos cuidados dos genitores. Essa função é especialmente cumprida na medida em que a criança pode expressar livremente suas opiniões no âmbito familiar, de maneira a ser preparada para exercer seus direitos e ser ouvida pela sociedade.¹⁴ Tal entendimento se coaduna com a ideia da autonomia progressiva da criança, que será brevemente tratada no tópico a seguir, com a finalidade de estabelecer as premissas básicas deste trabalho.

2.2 A capacidade natural de agir e os limites da autoridade parental

Segundo o regime das incapacidades do Código Civil de 2002, de zero até 18 anos completos a pessoa passa por três estágios, de acordo com a evolução de sua capacidade de exercício. Isso significa que, embora a pessoa tenha direitos em qualquer idade, existem aqueles que não podem ser exercidos autonomamente até que seu titular atinja o patamar da maioridade.¹⁵

Para esse regime, são absolutamente incapazes de agir as crianças ou adolescentes que tenham até 16 anos incompletos. Isso se dá em razão da concepção de que, até esse marco etário, o indivíduo não tem discernimento suficiente para agir por si próprio, por não ter condições de compreender os fatos e as consequências de suas decisões.¹⁶ Trata-se, em primeiro plano, de uma medida de proteção, que tem por consequência a necessidade de representação em seus atos para que sejam válidos.

Dos 16 até os 18 anos incompletos, o adolescente é relativamente incapaz, sendo possível um exercício mais independente de seus direitos. Nessa idade, existem alguns atos negociais os quais podem ser realizados livremente, sem a necessidade da assistência, como fazer testamentos, aceitar mandatos ou ainda, ser testemunha em ato jurídico. Por outro lado, existem aqueles que podem ser exercidos de maneira pessoal, porém, não livres, requerendo-se a assistência para que não sejam anuláveis, porque se entende que

¹⁴ COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Observación general n. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*. Organización das Nações Unidas. Genebra, 20 jul. 2009.

¹⁵ MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346, p. 315.

¹⁶ MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

os adolescentes são maduros para expressar sua vontade, mas não para agir autonomamente.¹⁷

Nesse cenário, o regime das capacidades se justifica e se aplica no caso dos atos patrimoniais, nos quais é possível distinguir a titularidade de um direito e o seu exercício. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

Não há dúvidas de que a velha distinção entre capacidade jurídica e capacidade negocial funciona perfeitamente para as funções a que foi proposta, isto é, para que sejam afastados do tráfico negocial (“atos da vida civil”, na dicção do art. 3º do Código Civil) os sujeitos que não podem ou não devem assumir responsabilidade pelo seu próprio comportamento ou, quando é o caso, a responsabilidade pelos atos de terceiros. Quando há incapacidade negocial, relativamente simples é o seu suprimento por meio dos processos técnicos destinados a proporcionar aos incapazes o exercício de direitos.¹⁸

Todavia, essa diferenciação entre titularidade e exercício, bem como o suprimento deste por meio de assistência ou representação não abrange a tutela de direitos existenciais.¹⁹ Sua função se limita a determinar a capacidade negocial, de forma que, para outras situações, o regime das incapacidades não pode ser aplicado.²⁰ Explica José de Melo Alexandrino que existe um grupo de direitos que não podem ter sua titularidade separada de seu exercício. Em suas palavras:

A possibilidade de distinção entre titularidade e exercício de direitos fundamentais parte, por seu lado, da heterogeneidade dos direitos e da possibilidade de distinguir entre (1) direitos cujo conteúdo principal seja referido a estados e situações e (2) direitos cujo conteúdo principal

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 240.

¹⁸ MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346, p. 322.

¹⁹ “A capacidade de agir diz respeito apenas ao exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos patrimoniais, atribuída aos que tenham um nível mínimo de discernimento. Toda pessoa com idade igual ou superior a dezoito anos é, em princípio, plenamente capaz e pode exercer os atos da vida civil, diretamente. Tem, portanto, além da genérica capacidade jurídica, a capacidade de agir. A capacidade de agir não abrange os direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular.” (LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*, v. 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 52.)

²⁰ MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

seja referido a ações: nos primeiros (direito à vida, à integridade, ao nome, à reserva da vida privada, etc.), não há lugar à distinção entre titularidade e exercício; nos segundos [...] é variável, segundo distintos fatores, a medida do exercício.

Deste modo, [...] só relativamente aos direitos ativos poderá ser substancialmente afetada a medida do exercício de direitos fundamentais pelas crianças, já não relativamente aos direitos passivos (aqueles cujo conteúdo principal seja referido a estados ou situações).²¹

O primeiro grupo de direitos proposto pelo autor diz respeito aos direitos personalíssimos, ou seja, aqueles que não admitem representação. Uma vez que seu exercício e titularidade são inseparáveis, sob pena de esvaziar o sentido do próprio direito, seu titular deve exercê-lo autonomamente. Por isso, é necessária a identificação de outra categoria de capacidades, que leve em conta um critério diferente daquele etário, proposto para as relações negociais. No contexto das relações de saúde, Judith Martins-Costa identifica a capacidade para consentir, como um “conceito pertencente à área do exercício dos direitos personalíssimos”.²²

Esse conceito de capacidade leva em conta a autonomia progressiva do sujeito, ou seja, a necessidade de que a criança tome suas próprias decisões na medida em que se desenvolve. Esse entendimento encontra sede legislativa na Convenção sobre os Direitos das Crianças, em seu artigo 12, parágrafo 1, que prevê:

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 com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.²³

Em decorrência desse artigo, o que se vislumbra é a inversão de pressupostos: deixa-se de se presumir a incapacidade da criança e toma-se como prerrogativa sua capacidade

²¹ ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 206.

²² MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 325.

²³ BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: <https://bit.ly/3qRHXgo>. Acesso em: 16 mar. 2021.

de formular opiniões e agir de maneira autônoma. A regra, nesse sentido, é pela capacidade.²⁴

Dessa maneira, é imprescindível avaliar a capacidade natural de agir da criança. Trata-se de uma interpretação flexível das condições de capacidade de exercício dos direitos fundamentais²⁵, e está intrinsecamente relacionada à condição cognitiva daquela que a titulariza. À vista disso, quanto maior a compreensão acerca da situação em que se encontra, bem como a noção das consequências de possíveis escolhas que venha a fazer, maior a participação da criança em seus processos decisórios.

Portanto, o conceito da capacidade natural de agir é o substrato da capacidade de exercício²⁶, já que é o amadurecimento do sujeito que determina sua possibilidade de exercer seus direitos existenciais, e não a sua idade.²⁷ Ainda, esse discernimento deve ser avaliado no caso concreto, considerando as individualidades da situação. Dessa forma, a criança pode ser considerada capaz para tomar certo tipo de decisão ou exercer determinado direito, mas a premissa não é necessariamente válida para outra situação. O que varia, nesses casos, é a possibilidade de entendimento das informações, bem como das consequências da decisão tomada. Conclui-se que o método de aferição da capacidade natural de agir não é equivalente àquele da capacidade negocial, posto que se tratam de considerações distintas.²⁸ Nesse sentido, esclarece o Comitê sobre o Direito das Crianças:

"Maturidade" refere-se à capacidade de compreender e avaliar as consequências de um assunto determinado, por isso deve ser levada em consideração ao determinar a capacidade de cada criança. A maturidade é difícil de definir; no contexto do artigo 12, é a capacidade de a criança expressar seus pontos de vista sobre as questões de forma razoável e independente. Os efeitos do caso sobre a criança também

²⁴ COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Observación general n. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*. Organización das Nações Unidas. Genebra, 20 jul. 2009.

²⁵ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

²⁶ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

²⁷ “[...] a noção de discernimento é nuançada, graduada, sendo assim percebida pelo Direito. Assim, para averiguar e mensurar se alguém não tem discernimento, ou a medida da redução no discernimento, deve o interprete operar um raciocínio atento às singularidades da pessoa (“raciocínio por concreção”) diverso do que desenvolve quando a incapacidade é determinada em vista de uma categoria genérica, como a idade, por exemplo. Não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio.”. Cf.: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas*. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346, p. 326.

²⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, 2018. p. 13.

devem ser levados em consideração. Quanto maiores são os efeitos na vida da criança, mais importante é a avaliação correta de sua maturidade.²⁹

Nesse contexto, a criança que tem capacidade natural de agir - ou seja, que possui maturidade e discernimento reconhecidos para tomar decisões em um contexto específico - deve ser ouvida e exercer seus direitos personalíssimos de maneira autônoma. Assim, o poder conferido aos pais é inversamente proporcional ao desenvolvimento da autonomia do filho.³⁰ Em outras palavras, quanto mais naturalmente capaz de agir o filho se encontra, menor o poder de decisão dos genitores.

Por outro lado, caso a criança não seja capaz de agir de maneira autônoma em relação à tomada de decisão em saúde, é preciso que os pais o façam em observância às necessidades da criança.³¹ Importante ressaltar que essa tomada de decisão não configura um consentimento por representação da criança, ou seja: os pais não consentem pelos filhos. Nesse sentido, conforme Miguel Angel Sanchez,

Os titulares da autoridade parental, em virtude do dever de velar por aqueles submetidos à sua autoridade [...], poderão tomar decisões que afetem à esfera pessoal d[a criança], porém, não exercendo por representação direitos personalíssimos, se não, em cumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental. Inclusive, nos supostos em que a lei permite a atuação do direito pelo titular da autoridade parental, não há uma verdadeira representação, mas, sim, se dota aos genitores facultades para facilitar o cumprimento da obrigação de velar pelo menor em seu interesse.³²

²⁹ Tradução livre. No original: “Madurez’ hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.” COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general n. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. *Organização das Nações Unidas*. Ginebra, 20 jul. 2009, p. 11.

³⁰ SANCHEZ, Miguel Angel. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Madrid: Tecnos, 2006.

³¹ SANCHEZ, Miguel Angel. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Madrid: Tecnos, 2006, p. 18.

³² No original: “[...] los titulares de la patria potestad, en virtud del deber de velar por los sometidos a su potestad que impone el artículo 154 CC, podrán tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor pero no ejerciendo por representación derechos personalísimos, sino en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Inclusive, en los supuestos en que la ley permite la actuación del derecho por el titular de la patria potestad, no hay una verdadera representación, sino el dotar a los progenitores de facultades en orden a facilitarles el cumplimiento de la obligación de velar por el menor y su interés. Cf.:

Percebe-se que o fundamento da decisão dos genitores não reside na liberdade que estes têm, tampouco na da criança - já que não se trata de exercício dos direitos desta. Trata-se de ação fundada na responsabilidade que a parentalidade impõe de garantir o bem-estar daquele sob seus cuidados. Por consequência, os pais não têm discricionariedade ampla para decidir sobre os cuidados de saúde dos filhos, ainda que estes não tenham capacidade para consentir. A decisão, dessa forma, é limitada, na medida em que se persegue o bem-estar da criança, e não o dos pais.

Diante de todo o exposto, assentam-se os pressupostos básicos que norteiam este trabalho: a autoridade parental é um poder-dever cuja função é a promoção da autonomia e do pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos. Por isso, as decisões tomadas pelos genitores não possuem caráter irrestrito, tampouco visam a atender os seus interesses. De outro modo, têm por foco a finalidade preestabelecida da parentalidade.

Ainda, o escopo de atuação dos pais se reduz à medida que a criança desenvolve maturidade para agir de maneira autônoma, o que deve ser avaliado em cada tomada de decisão, e não a partir de um critério etário. Nesse contexto, recorta-se aqui a análise da tomada de decisão dos pais pelos filhos no âmbito da saúde, quando estes ainda não têm capacidade para consentir, e requerem os cuidados dos genitores.

A fim de orientar a tomada de decisão dos genitores, o ordenamento jurídico brasileiro, em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança, estabeleceu como diretriz o princípio do melhor interesse da criança.

3 O princípio do melhor interesse: o guia para a parentalidade

O princípio do melhor interesse é um dos preceitos fundamentais de proteção à criança no ordenamento brasileiro. Seu alcance se estende a elaboração e aplicação dos direitos que dizem respeito a esses sujeitos³³ e, especialmente, à fixação de sentido no exercício dos deveres parentais. Trata-se, em primeiro plano, de baliza que qualifica a decisão adotada pelos genitores segundo a função da autoridade parental.³⁴ Seu fundamento

SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006., p. 46.

³³ LÔBO, Paulo. Princípios do Direito de Família, *In*: LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*, v. 5, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pp. 26-36, p. 35.

³⁴ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 19.

jurídico reside no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que possui força normativa no Brasil, a qual determina em seu parágrafo primeiro:

1. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança³⁵.

Percebe-se que o melhor interesse é primordial à proteção da criança. Não por acaso, é considerado como um dos quatro princípios gerais da Convenção, e seu objetivo é garantir o “desfrute pleno e efetivo de todos os direitos reconhecidos pela Convenção e o desenvolvimento holístico da criança”.³⁶ Esse princípio se determina em relação às peculiaridades do sujeito e da situação, bem como deve levar em consideração a opinião daquele envolvido, nos termos do artigo 12 da CDC.³⁷

Com relação à sua natureza, o princípio aplicado à relação paterno-materno-filial se comporta como uma cláusula geral. Assim, concretiza-se na forma de uma norma vigente, de natureza coercitiva, ainda que não delimitadas as consequências de sua violação ou mesmo as situações possíveis de aplicação.³⁸ Explica Judith Martins-Costa que “as cláusulas gerais [...] indicam idealmente condutas, não as descrevendo senão de modo genérico, [...] indicam, também de modo genérico, o dever de obediência a um princípio que, por sua vez, reenvia à promoção de um ‘estado ideal de coisas’”.³⁹ Assim,

³⁵ BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: <https://bit.ly/3qRHXgo>. Acesso em: 16 mar. 2021.

³⁶ COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 29 mai. 2013, p. 2.

³⁷ Tradução livre. No original: “El interés superior de cada niño debe determinarse en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, la relación con sus padres y cuidadores y su extracción familiar y social y tras haberse escuchado su opinión, de conformidad con el artículo 12 de la Convención.” COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Organización das Nações Unidas. Genebra, 17 abr. 2013., p. 3.

³⁸ Explica Judith Martins-Costa que princípios não são cláusulas gerais, embora estas possam concretizá-los. Assim, essas cláusulas consistem em enunciados normativos que indicam condutas de forma genérica, que conduzem a um “estado ideal de coisas” quando preveem o dever de obediência a um princípio. Cf.: MARTINS- COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 161-163, p. 166.

Por essa razão, conclui-se que o princípio do melhor interesse é concretizado sob a forma de uma cláusula geral, que atende às características previamente descritas, sem prejuízo de sua função de baliza interpretativa.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 161-163, p. 166.

a cláusula geral do melhor interesse se consagra na forma do artigo 3 da CDC, e estabelece deveres para sua observância, de modo genérico. Disso decorre a necessidade de um esforço interpretativo para sua aplicação no caso concreto.

Nessa perspectiva, Loretta Kopelman identifica que o princípio do melhor interesse tem como função, dentre outras, de limite para intervenção e julgamento.⁴⁰ Trata-se da função limitadora da atuação dos genitores, ou seja, a criação de balizas que determinem, no caso concreto, quais são as decisões legítimas destes com relação ao interesse dos filhos, e que, portanto, são justificadas em razão da autoridade parental. Assim, na hipótese em que a decisão tomada viole essa baliza, o princípio pode ser utilizado para justificar a intervenção estatal. Sobre isso, o Comitê sobre os Direitos da Criança esclarece que

Os pais devem cumprir suas responsabilidades sempre atuando no interesse superior da criança, se necessário com o apoio do Estado. Levando em consideração a capacidade de desenvolvimento da criança, os pais e responsáveis devem cuidar e protegê-la, bem como ajudá-la a crescer e se desenvolver de forma saudável.⁴¹

Para que o princípio seja aplicado no sentido de limite para intervenção e julgamento, duas são as análises necessárias: (1) deve ser verificado se os cuidados dedicados pelos pais à criança colocam-na em perigo ou sujeitam-na a algum dano; e (2) deve-se concluir que a solução determinada pelo Poder Público, em substituição àquela estabelecida pelos pais, seja melhor do que a primeira.⁴²

A título de exemplo, toma-se o caso Ashley. Trata-se de uma garota norte-americana que foi diagnosticada com encefalopatia estática, doença cerebral a qual não permite que sua idade mental ultrapasse o desenvolvimento de um bebê de três meses. No começo dos anos 2000, à época com aproximadamente nove anos, a criança foi submetida a dois

⁴⁰ Loretta Kopelman identifica que são três as formas de uso do princípio do melhor interesse: (a) um limite para intervenção e julgamento; (b) um ideal; e (c) um parâmetro de razoabilidade. Todavia, apenas o primeiro uso será desenvolvido neste trabalho, em razão do recorte ao qual se busca investigar. Cf.: KOPELMAN, Loretta. The best-interests standard as threshold, ideal, and standard of reasonableness. *The Journal of medicine and Philosophy*, v. 22, a. 3, jun. 1997, 271-289.

⁴¹ Tradução livre. No original: “Los padres deben cumplir sus responsabilidades actuando siempre en el interés superior del niño, de ser preciso con apoyo del Estado. Teniendo en cuenta la capacidad en desarrollo del niño, los padres y cuidadores deben cuidar y proteger al niño y ayudarlo a crecer y desarrollarse de manera saludable.” COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N.º 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (*artículo 24*). *Organização das Nações Unidas*. Ginebra, 17 abr. 2013, p. 10.

⁴² KOPELMAN, Loretta. The best-interests standard as threshold, ideal, and standard of reasonableness. *The Journal of medicine and Philosophy*, v. 22, a. 3, jun. 1997, 271-289.

procedimentos cirúrgicos, os quais lhe retiraram o útero e as glândulas mamárias, com o objetivo de retardar seu desenvolvimento reprodutivo.⁴³ O tratamento ainda foi complementado pela ingestão de altas doses de hormônio, que aceleraram a formação dos ossos cranianos, bem como limitaram seu crescimento.⁴⁴

Para os pais da criança, a realização dos procedimentos e tratamentos permitiria que Ashley tivesse mais conforto. Além disso, a manutenção do tamanho pequeno da criança seria um facilitador para seus cuidados, com locomoção e banho.⁴⁵ Na situação, é perceptível como as facilidades para cuidar da menina podem interferir diretamente no seu bem-estar. Por exemplo, a possibilidade de movimentá-la evita que tenha escaras no corpo, que poderiam surgir caso Ashley ficasse deitada sempre na mesma posição.⁴⁶ Apesar disso, a decisão não ficou imune a críticas, especialmente, ao considerar o fato de que os pais devem ter como fundamento o melhor interesse de Ashley, e não as prováveis facilidades de cuidado.

Nesse cenário, caso o Poder Judiciário tenha concluído que a deliberação dos pais violaria o melhor interesse da menina, seria necessário que tomasse medidas para reverter ou interromper a ação, sob pena de inobservância do artigo 3 da CDC. Diferente seria, caso fosse concluído que aquelas medidas, de fato, contribuíram para o bem-estar da criança e foram compatíveis com o seu melhor interesse. Nesse caso, a decisão dos pais estaria dentro dos limites da autoridade parental.

Por isso, casos como o de Ashley requerem uma análise cuidadosa. Da mesma forma que a ação dos pais deve ser balizada com vistas às necessidades da criança, a intervenção do Poder Judiciário deve buscar os mesmos fins. No caso das relações de saúde, no entanto, é válido destacar que essa avaliação não envolve, unicamente, a seleção do melhor tratamento. O princípio se configura como um conjunto de vários fatores envolvidos na relação terapêutica, e, na impossibilidade de a criança se manifestar, é dever dos pais e do corpo clínico identificar a decisão que mais se coaduna com o interesse do paciente pediátrico.

⁴³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

⁴⁴ PAIS de menina doente tentam impedir crescimento da filha. *Globo.com*. 04 jan. 2007. Disponível em: <http://glo.bo/380ZXAL>. Acesso em 24 mar. 2022.

⁴⁵ PAIS de menina doente tentam impedir crescimento da filha. *Globo.com*. 04 jan. 2007. Disponível em: <http://glo.bo/380ZXAL>. Acesso em 24 mar. 2022.

⁴⁶ PAIS da 'menina-bebê' são acusados de eugenia. *Globo.com*. 05 jan. 2007. Disponível em: <http://glo.bo/35a3JXn>. Acesso em 24 mar. 2022.

De forma geral, o contexto interfere muito nessa tomada de decisão, a ponto de, às vezes, o tratamento tido como mais próximo do ideal não ser, necessariamente, a melhor escolha. Segundo Miguel Angel Sanchez, o interesse da criança não se resume apenas a interesses materiais, mas, de outro modo, atinge aspectos morais, afetivos e psicológicos⁴⁷, que devem ser levados em consideração.

Outro exemplo evidencia a situação: Maria é uma criança em idade escolar que possui uma condição a qual afeta seu desenvolvimento cognitivo. Além disso, faz com que, frequentemente, necessite de atendimento hospitalar em razão de complicações em seu estado de saúde. Na última das internações, a menina foi diagnosticada com uma pneumonia grave, razão pela qual precisou ser sedada e receber ventilação. Diante do quadro preocupante, os médicos indicaram aos pais a realização de um procedimento cirúrgico, que melhoraria o quadro clínico de Maria, embora tivesse como consequência o aumento dos cuidados que ela requereria em casa. Por outro lado, a mãe de Maria havia, há pouco, dado à luz a outro filho, com a mesma condição da irmã, e que também necessita de um nível intenso de cuidados.⁴⁸

Ao analisar toda a situação, os pais recusaram o procedimento cirúrgico. Como justificativa, alegaram que não seriam capazes de manter os cuidados necessários com Maria após a operação, porque demandaria mais recursos do que aqueles que a família seria capaz de garantir. Ademais, compreenderam que o melhor interesse dela seria o convívio em casa, com os pais e o irmão que nasceu.⁴⁹

Por outro lado, os médicos mantiveram sua posição acerca da necessidade do procedimento cirúrgico, com o objetivo de melhorar o quadro clínico de Maria. Para eles, esse seria o melhor caminho para atender às necessidades da menina. Pode-se perceber que a análise isolada do quadro clínico não faz jus ao melhor interesse da criança. De fato, a convivência familiar é importante para o seu desenvolvimento, e privá-la disso pode ser tão ou mais prejudicial do que a não realização da cirurgia. Assim, é possível concluir que o preceito seria melhor aplicado a partir de uma ótica interrelacional da criança com sua família e a comunidade à qual pertence.⁵⁰

⁴⁷ SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

⁴⁸ BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010, p. 280.

⁴⁹ BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010, p. 280.

⁵⁰ Exemplo adaptado. Cf.: BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010, p. 208-285.

Por isso é defendido que a aplicação do princípio é baseada no caso concreto, e, desse modo, não se trata de identificar uma uniformidade quanto ao seu emprego. Apesar disso, é evidente que, por ser um conceito amplo, sua aplicação pode ser prejudicada, já que existe um grande espaço de indeterminabilidade.

3.1 Afinal, o que é o melhor interesse? A (in)determinabilidade do conceito

Como já exposto, o princípio do melhor interesse consiste em uma cláusula geral. Dentre outras características, isso significa que seu conceito é propositalmente indeterminado, de forma que atenda à função da própria estrutura da norma. Explica Judith Martins-Costa que essas cláusulas têm por uma de suas principais funções

“salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos”. Explica-se: tendo em vista que “o Direito (...) está sujeito às modificações sociais; ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”. As cláusulas gerais constituem os instrumentos legislativos hábeis para esta “reação”, na medida em que legitimam o julgador a produzir normas cuja valência se estende para além do caso em que será promanada concretamente a decisão.⁵¹

A indeterminabilidade do conceito consiste não apenas na ausência de uma definição, mas na impossibilidade de desenvolvê-la, sob o risco de restringir o escopo do princípio, o que excluiria situações e direitos que devem ser levados em consideração em um processo decisório. Tem-se ainda que a sociedade evolui constantemente, e os institutos jurídicos devem adequar-se a essa evolução. Igualmente, não é possível determinar o que é benéfico sob um ponto de vista único, já que a definição pode ser diferente para cada um dos envolvidos na relação médica.⁵² Em vista disso, é indispensável que o princípio seja amplo, a fim de abarcar um vasto escopo de situações que envolvam a criança.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Funções das cláusulas gerais: abertura, mobilidade e ressystematização por via da formação de novos institutos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 174-195, p. 174.

⁵² EMANUEL, Ezekiel; EMANUEL, Linda. Cuatro modelos de la relación médico-paciente. In COUCEIRO, Azucena (org). *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela, 1999, p. 95-108.

No entanto, isso não afasta o problema de que uma vez que seu conteúdo é inespecífico, a tomada de decisão pode levar a situações potencialmente prejudiciais para a criança.⁵³ É o caso de Maria ou Ashley, exemplos previamente expostos. É possível entender com maior facilidade que o melhor interesse consiste na realização de um tratamento, por exemplo, caso se considere esse procedimento como rotineiro, de baixo risco à criança, e com prognósticos bons de melhora após sua realização.⁵⁴ Diferente situação ocorre em casos mais controversos, nos quais não está claro qual interesse da criança deve ser priorizado na tomada de decisão.

Assim sendo, o princípio do melhor interesse é muito amplo para se utilizar diretamente como um parâmetro a fim de determinar se a atuação dos pais cumpriu com sua função. Como consequência de tal falta de objetividade, a aplicação se torna condicionada aos valores daquele que avalia a decisão, ou seja, pode ser arbitrária. Por essa razão, o Comitê dos Direitos da Criança aconselha a elaboração de uma lista de critérios que podem fazer parte da avaliação do melhor interesse no caso concreto. Para esse órgão, a lista não pode ser exaustiva, tampouco hierárquica, e deve ser flexível.⁵⁵

A criação dessa lista de parâmetros teria como finalidade a orientação da tomada de decisão no que se refere a crianças nas mais diversificadas esferas. Por óbvio, é necessário que esses parâmetros sejam especificados à natureza do caso, a fim de que os elementos tenham conexão com a matéria da qual se busca tratar. Segundo o Comitê,

A elaboração dessa lista de elementos proporcionaria orientação aos Estados ou aos responsáveis pela tomada de decisão quando tivessem que regular esferas específicas que afetam as crianças [...]. O Comitê deseja destacar que, ao acrescentar elementos à lista, o objetivo final do interesse superior da criança deve ser assegurar seu pleno e efetivo gozo dos direitos reconhecidos na Convenção e seu desenvolvimento

⁵³ COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. São Paulo. 261 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁵⁴ ELLISTON, Sarah. Setting the scene. In: ELLISTON, Sarah. *Best interest of the child in healthcare*. Taylor & Francis, 2007., p. 1-31.

⁵⁵ “El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible”. Cf.: COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). *Organização das Nações Unidas*. Ginebra, 29 mai. 2013, p. 7.

integral. Consequentemente, elementos contrários aos direitos consagrados na Convenção ou que tenham efeito contrário a esses direitos não podem ser considerados válidos para avaliar o que é melhor para uma ou mais crianças.⁵⁶

Tendo isso em vista, o segundo momento deste trabalho visa a estabelecer um parâmetro de aplicação para o princípio do melhor interesse, de modo que sua avaliação seja mais objetiva em relação a tomada de decisão dos pais pelos filhos nos tratamentos de saúde. Existem duas propostas desenvolvidas pela doutrina norte-americana: a primeira se trata do parâmetro do dano, originalmente desenvolvido em uma tentativa de substituir o princípio do melhor interesse na avaliação das decisões parentais em relação à saúde dos filhos – mais especificamente, no que diz respeito à recusa de tratamento médico. A segunda, é a Zona de Discricionariedade Parental, cujo objetivo é balancear o melhor interesse da criança e o parâmetro do dano.

4 Desenvolvimento de critérios para aplicação do melhor interesse em saúde: o parâmetro do dano

O parâmetro do dano foi desenvolvido inicialmente por Douglas Diekema. Para o autor, faria sentido questionar o uso do princípio do melhor interesse como um parâmetro de avaliação da tomada de decisões porque existem situações nas quais a linha entre a violação ou não desse paradigma seria muito tênue.⁵⁷ Isso se dá em razão da dificuldade de se compreender o que é o melhor interesse, bem como suas implicações práticas.

Antes de se passar para a análise do parâmetro em si, é necessário compreender suas premissas. Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico estadunidense interpreta a autoridade parental como o exercício de uma liberdade como outras.⁵⁸ Por isso, todo o seu fundamento teórico reside na falta de sentido em limitar a atuação dos pais por um

⁵⁶ Tradução livre. No original: “La elaboración de esa lista de elementos proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, y, en caso necesario, se podrían añadir otros elementos que se considerasen apropiados de acuerdo con su propia tradición jurídica. El Comité desea señalar que, al añadir elementos a la lista, el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños”. COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). *Organização das Nações Unidas*. Ginebra, 29 mai. 2013, p. 7.

⁵⁷ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁵⁸ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

parâmetro indefinido como o melhor interesse, já que seria uma restrição injustificada de direitos. Por isso, seria necessário substituir o critério por outro mais específico, que fosse coerente com o escopo de livre atuação dos pais. A análise original do parâmetro, portanto, pressupõe que a intervenção estatal deve ser o último recurso, de modo que, ao ser reconhecido que a decisão dos pais é potencialmente danosa à criança, a equipe clínica é obrigada, moral e legalmente, a agir. Dessa forma, somente se todos os outros meios de diálogo com os pais não tenham sido eficazes é que se justifica a intervenção do Poder Estatal para prevenir ou remediar os danos causados.

A ideia de Douglas Diekema sobre a parentalidade se coaduna com a ideia de autonomia parental restrita, proposta por Lainie Ross. Nas palavras dela,

[...] alguns filósofos modernos sobre a família argumentam que a autoridade parental não se baseia apenas no dever. Em vez disso, a autoridade dos pais também se justifica, pelo menos dentro dos limites, com o fundamento de que os pais têm o direito de “criar seus filhos de acordo com os seus próprios padrões e valores e procurar transmitir esses padrões e valores a seus filhos”. A autoridade parental também se justifica para promover a privacidade familiar e isso requer uma liberdade significativa, incluindo a liberdade de “tomar decisões sobre o bem-estar de seus membros incompetentes”.⁵⁹

Assim, na visão dos autores, a autoridade parental pressuporia um espaço no qual os pais poderiam tomar decisões baseados nos próprios valores de vida, porque possuiriam o direito de criação sobre os filhos. Por isso, segundo Douglas Diekema, seria possível garantir

aos pais a liberdade de tomar decisões médicas que a maioria das pessoas concordaria que são inferiores a outras alternativas, e permitimos que eles limitem as escolhas e ações de seus filhos por

⁵⁹ Tradução livre. No original: “While both of the above reasons focus on parental autonomy to serve the child’s best interest, some modern philosophers on the family argue that parental authority is not solely duty-based. Rather, parental authority is also justified, at least within limits, on the grounds that parents have the right ‘to raise their children according to the parents’ own standards and values and to seek to transmit those standards and values to their children’.[11] Parental authority is also justified to promote family privacy and this requires significant freedom, including the freedom ‘to make important decisions about the welfare of its incompetent members’”. ROSS, Lainie Friedman. *Informed Consent in Pediatric Research*. In: ROSS, Lainie Friedman. *Children in medical Research: access versus protection*. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 89-104, p. 89.

razões que nem sempre são relacionadas ao melhor interesse da criança⁶⁰.

Evidencia-se que a ideia de autoridade parental, para os autores, fundamenta-se muito mais em um espaço de direitos subjetivos dos genitores sobre os filhos do que em um escopo de deveres funcionalizados ao desenvolvimento destes. Por isso, esse fundamento é incompatível com a realidade brasileira, já que o entendimento do instituto da autoridade parental consiste na instrumentalização dos poderes dos pais, no sentido de persecução ao melhor interesse da criança, e não em um exercício geral de liberdade.

Ainda, o autor compreende que o melhor interesse não é o melhor parâmetro para avaliar a tomada de decisão dos genitores, de forma que o ideal seria “identificar um escopo de opções aceitáveis dentre as quais os pais podem escolher razoavelmente, e, aos pais, deveria ser garantido uma margem de atuação na qual eles possam decidir por seus filhos”.⁶¹ No entanto, essa ideia também não é compatível com o ordenamento brasileiro. Isso porque o princípio do melhor interesse tem natureza normativa com fundamento supralegal e constitucional, logo, não pode ser substituído por uma construção doutrinária.

Segundo Douglas Diekema, a intervenção do Estado tem como fundamento a doutrina *parens patriae*, a qual prevê que o Estado deve agir no lugar dos pais em situações nas quais estes inobservam os deveres de cuidado. Assim, frente a um quadro de necessidade, o Estado tutela aqueles que não podem se proteger sozinhos, neste caso, as crianças menores de idade, que ainda não possuem autonomia. Desse modo,

a doutrina do *parens patriae* reconhece que a sociedade tem a obrigação de garantir que as necessidades básicas daqueles membros mais vulneráveis sejam atendidas. Em geral, as decisões dos pais devem ser aceitas, exceto nos raros casos nos quais essas decisões colocam as crianças em risco substancial de sério dano.⁶²

⁶⁰ Tradução livre. No original: We also regularly grant parents the freedom to make medical decisions that most people would argue are inferior to other alternatives and allow them to limit the choices and actions of their children for reasons that are not always out of concern for the child’s interests. DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004, p. 248.

⁶¹ Tradução livre. No original: “we should identify a range of acceptable options within which parents can reasonably choose, and that parent should be granted some leeway in making decisions for their children.”. DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004, p. 248.

⁶² DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

Essa doutrina muito se identifica com a própria Doutrina da Proteção Integral⁶³, recepcionada pela Constituição Federal brasileira, que impõe ao Estado e à sociedade a obrigação de cuidado para com as crianças. Em caso de dano ao filho, ou inobservância do dever de cuidado dos pais, é obrigação do Estado garantir o cuidado à criança, visto que se encontra em posição de vulnerabilidade, já que não tem seu desenvolvimento completo ainda. A diferença entre ambas se encontra justamente no fundamento: em que pese a obrigação de cuidado do Estado, para a doutrina *parens patriae*, as decisões dos pais são prioritariamente aceitas em respeito à liberdade de criação, e devem ser sobrepostas somente se gerarem danos à criança. No caso da Doutrina da Proteção Integral, o foco se encontra no melhor interesse do filho.

Embora exista diferença quanto à fundamentação, é possível avaliar se a aplicação do método do parâmetro do dano pode ser feita de maneira compatível com o princípio do melhor interesse. A proposição ideal para a implementação no sistema brasileiro, em primeiro lugar, não seria uma substituição de um pelo outro, mas a complementação daquele por este.⁶⁴

Entretanto, para determinar a aplicação do parâmetro do dano, importa demonstrar que: (a) é possível adaptar o parâmetro do dano para uma lógica compatível com o ordenamento jurídico brasileiro; e (b) que o parâmetro pode ser útil para determinar uma melhor aplicação do princípio do melhor interesse na avaliação e fundamentação da tomada de decisão dos pais pelos filhos em questões de saúde.

4.1 O método de aplicação do parâmetro do dano

Inicialmente, deve-se ressaltar que o parâmetro do dano foi originalmente desenvolvido apenas para avaliar a recusa do tratamento médico. Essa visão, no entanto, restringiria a própria função atribuída ao parâmetro, ao se considerar que o aceite a um tratamento pode gerar, inclusive, maiores danos do que sua própria recusa.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Família. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de família*, v. 5. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 68.

⁶⁴ HESTER, D. Micah, LANG, Kellie R., GARRISON, Nanibaa', A. DIEKEMA, Douglas S. Agreed: The harm principle cannot replace the best interest standard... but the best interest standard cannot replace the harm principle either. *The American Journal of Bioethics*, a. 18, n. 8, p. 38-40. Disponível em: <https://bit.ly/3qGokHf>. Acesso em 27 mar. 2022.

Por exemplo, no caso de Maria⁶⁵, se a família não tinha condições para sustentar os cuidados necessários após a cirurgia, a recusa poderia configurar maior observância ao princípio do melhor interesse do que a autorização. Isso porque, caso o procedimento fosse realizado, a criança teria que ser afastada do convívio familiar, já que requereria cuidados intensivos que, provavelmente, só seriam possíveis caso ficasse internada. Além disso, o momento pós-operatório demandaria cuidados que, caso não fossem observados, poderiam causar mais desconforto à criança do que o momento anterior à cirurgia. Todas essas circunstâncias devem ser avaliadas cuidadosamente no caso concreto.

É devido a essa razão que as condições originalmente propostas por Douglas Diekema⁶⁶ serão adaptadas no contexto deste trabalho, de forma a abarcar qualquer decisão dos pais com relação à saúde dos filhos, seja a autorização, seja a recusa. O parâmetro é composto por oito condições básicas. São elas:⁶⁷

- (a) Ao tomar a decisão sobre o tratamento da criança, os pais a colocam em risco ou lhe geram um dano grave?

Em primeiro lugar, ressalta-se que esse critério diz respeito a danos que sejam graves. Para Douglas Diekema, não se espera que os pais criem uma barreira intransponível para que nenhum perigo ou dano afete seu filho⁶⁸, no entanto, aqueles que sejam graves não podem ser admitidos. A título de exemplo: os genitores não desejam vacinar o seu filho. Enquanto os profissionais de saúde entendem que o melhor para a criança é a vacinação, os pais se preocupam com os possíveis efeitos colaterais, bem como com a quantidade de injeções às quais a criança será submetida. Em uma situação na qual o filho se encontra em uma comunidade em cuja maioria das pessoas está imunizada, a transmissão do vírus geralmente é menor. Nesse caso, poderia não haver risco de sério dano frente à recusa dos pais à vacinação.⁶⁹

⁶⁵ Exemplo adaptado. BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010, p. 280.

⁶⁶ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁶⁷ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁶⁸ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁶⁹ DIEKEMA, Douglas. Revisiting the Best Interest Standard: Uses and Misuses. *The Journal of Clinical Ethics*, [s.l.], v. 22, n. 22, p. 128-133, 2011.

Por outro lado, caso haja uma situação – como a pandemia da COVID-19 - na qual a vacinação é indispensável para a proteção da comunidade, não vacinar a criança a submeteria a riscos consideráveis de um quadro mais grave da doença⁷⁰, já que a resposta de seu sistema imunológico seria menos eficaz. É necessário avaliar, ainda, os riscos ou danos aos quais a própria vacina a exporia: na hipótese de não serem significativos a ponto de justificar a recusa dos pais, essa decisão poderia violar o princípio do melhor interesse, e, via de regra, ensejar a intervenção estatal.⁷¹ De outro modo, a existência de danos gerados pela aplicação do imunizante que sejam mais expressivos do que os próprios benefícios pode ser justificativa suficiente para que os pais recusem a aplicação, em observância ao mesmo princípio. Pode ser o caso, por exemplo, de crianças que tenham alergia a algum dos componentes da vacina.

Nesse sentido, não há um conceito uniformizado acerca do que se entende por dano. Segundo a *Children Act*, o termo consiste em “maus-tratos ou comprometimento da saúde ou do desenvolvimento”.⁷² Gilliam Lynn, por sua vez, compreende o dano como um “retrocesso a interesses maiores, quando comparados a outros cursos de ação”.⁷³ Douglas Diekema, ainda, conecta o conceito com a inobservância das necessidades básicas da criança.⁷⁴

Para a aplicação do parâmetro no ordenamento brasileiro, no entanto, é válido ressaltar que o dano não pode ser definido como a inobservância do “mínimo que permita que a criança possa se desenvolver”⁷⁵. Segundo a CDC, a criança tem direito a desfrutar do nível mais alto de saúde⁷⁶, de maneira que se deve seguir a melhor decisão a esse respeito, e

⁷⁰ VETORES de transmissão, risco de síndrome grave e miocardite: especialistas apontam os perigos de deixar de vacinar crianças contra Covid-19. *Instituto Butantan*, 29 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3LEwzP9>. Acesso em 04 abr. 2022.

⁷¹ No Brasil, o STF já decidiu pela obrigatoriedade da vacinação de crianças contra a Covid-19. “[...] os menores não têm autonomia, seja para rejeitar, seja para consentir com a vacinação. Assim, parece-me inelutável que, havendo consenso científico demonstrando que os riscos inerentes à opção de não vacinar são significativamente superiores àqueles postos pela vacinação, cumpre privilegiar a defesa da vida e da saúde dos menores, em prol não apenas desses sujeitos especialmente protegidos pela lei, mas também de toda a coletividade.” STF, ADPF 754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 14.02.2022, p. 8.

⁷² Tradução livre. No original: “ill-treatment or the impairment of health or development”. Cf.: REINO UNIDO. *Children Act 1989*. An Act to reform the law relating to children; to provide for local authority services for children in need and others; to amend the law with respect to children’s homes, community homes, voluntary homes and voluntary organizations; to make provision with respect to fostering, child minding and day care for young children and adoption; and for connected purposes. Londres, [1989]. Disponível em: <https://bit.ly/3CdIcsk>. Acesso em 22 out. 2021.

⁷³ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁷⁴ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁷⁵ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁷⁶ “todos los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades”. Cf.: COMITÉ de los Derechos del

não aquela que for apenas aceitável. Portanto, o conceito de dano não é aferido de maneira abstrata. Deve-se avaliá-lo sob o ponto de vista relacional na situação concreta, a fim de determinar a existência de ações mais ou menos benéficas.

Ainda, é necessário compreender que não existe intervenção médica isenta de risco. Trata-se de atividade na qual há um risco inerente, “que está intrinsecamente atado à sua própria natureza [...]. Nestes casos, o risco não pode ser evitado, ainda que o serviço seja prestado com toda técnica e segurança”.⁷⁷ Logo, é necessário avaliar se consiste em um perigo tolerável frente aos benefícios que a intervenção médica trará, ou se os riscos são significativos a ponto de justificar a recusa ao tratamento. Essa análise também deve ser fundamentada nos elementos concretos da situação, e sopesada levando em conta não só aspectos clínicos, mas também psicológicos e sociais.

Avaliando todos esses conceitos, se a resposta à pergunta do critério for “não”, ou seja, se a decisão dos pais não colocar a criança em dano sério ou em risco injustificado, então não há que se falar em uma violação ao princípio do melhor interesse nesses termos. Se, por outro lado, a resposta for “sim”, isto é, se houver risco ou dano proveniente da decisão dos pais, então passa-se à próxima questão.

(b) Esse dano ou risco é iminente, e requer uma ação imediata para preveni-lo?

A fundamentação desse questionamento encontra-se, novamente, no entendimento da doutrina norte-americana de autoridade parental como uma liberdade. A partir dessa concepção, apenas um dano ou risco iminente, que requereria uma ação urgente, justificaria uma intervenção estatal. Se averiguado que no caso concreto o dano ou risco não é iminente, o Estado deve agir de uma forma cujo confronto com a decisão dos pais seja menor.⁷⁸

Todavia, adaptado à legislação brasileira, o fundamento deve ser diferente. Sob a interpretação do instituto da autoridade parental, se a decisão violar o melhor interesse da criança, é imprescindível que haja uma intervenção, independentemente da iminência do dano. Nessa linha, interpreta-se a Doutrina da Proteção Integral. Determina-se que

Niño de Naciones Unidas. Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 17 abr. 2013, p. 1.

⁷⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 205-234, p. 207.

⁷⁸ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

diante da inobservância dos deveres de cuidados pelos genitores, é obrigação do Estado e da sociedade garantir que as crianças sejam protegidas. Dessa forma, o fato de a decisão potencialmente colocar a criança em dano ou em posição de risco já justificaria a necessidade de sua proteção, independentemente da iminência destes.

Portanto, esse não é um critério relevante para a avaliação da tomada de decisão dos pais, mas pode ser pertinente para determinar a urgência da intervenção judicial. Isso significa que, quanto maior a iminência do dano, menor é o tempo disponível para que o Poder Judiciário tome uma decisão e a aplique. Logo, este é um critério que não avalia a necessidade da intervenção, mas o tempo de ação disponível perante a violação do direito da criança.

(c) A intervenção médica autorizada é a causadora direta do dano, ou, no caso de uma recusa, é necessária para a sua prevenção?

Outro aspecto que deve ser analisado é a relação direta entre o tratamento – mesmo que cientificamente comprovado – com o dano averiguado. Trata-se aqui da avaliação do tratamento enquanto causa imediata do dano ou necessária para sua prevenção. Destaca-se que Douglas Diekema é pouco preciso quando elucida este critério, de modo que a interpretação mais coerente entende que a pergunta não trata de uma avaliação de danos ou riscos prováveis, mas aqueles decorrentes diretamente da implementação ou não do tratamento.

Por exemplo: Lúcia, de sete anos, foi diagnosticada com miocardiopatia, e precisa de um transplante de coração. Ao que os médicos indicam, somente esse tratamento será efetivo para que a paciente não vá a óbito. Os pais, no entanto, não autorizam a cirurgia, por terem receio quanto à anestesia aplicada.

A cirurgia pressupõe danos diretos: a intervenção invasiva no corpo da criança e a cicatriz posterior em razão da abertura são alguns deles. Entretanto, a consequência direta da recusa de tratamento é a morte da criança. Esses danos não se tratam dos efeitos da cirurgia, mas, sim, da própria execução ou não do tratamento. Por outro lado, de fato existem riscos quanto à anestesia, como, por exemplo, uma alergia ao anestésico utilizado. Nesse caso, não se trata de um risco necessário decorrente do procedimento, mas de um risco provável. Este não é abarcado nessa questão.

(d) A intervenção sobre a qual os pais devem decidir tem eficácia comprovada?

Este critério determina que a intervenção médica avaliada deve ser aquela de cujos resultados são comprovados e previsíveis. De outra maneira, não há que se falar que a recusa ou autorização violaria o melhor interesse da criança, tendo em vista que os resultados não são certos.

Quando se trata de pesquisa com seres humanos, é inerente a existência de um risco.⁷⁹ Deve-se, no entanto, avaliar qual o nível de risco aceitável, e qual aquele a que a criança não pode ser submetida, porque é incompatível com o melhor interesse. Todavia, como já mencionado no tópico “a”, não existe um conceito que define o risco, tampouco qual nível é razoável. É necessário, portanto, a promoção de uma avaliação casuística, que pondere tanto os riscos envolvidos no tratamento experimental, quanto os benefícios esperados.

Ainda vale mencionar que esse tópico não diz respeito apenas às situações que envolvem pesquisas com crianças. Como exemplo, supõe-se que uma criança foi diagnosticada com COVID-19. Frente às possibilidades de agravo da doença, os médicos sugerem a utilização de cloroquina na paciente, alegando que poderia evitar que o quadro evoluísse para uma intubação. Os pais recusam e solicitam o tratamento convencional dos sintomas, sem a utilização do medicamento.

Vale relembrar que o uso desse medicamento para o tratamento da COVID-19 não possui eficácia.⁸⁰ Não suficiente, a cloroquina é agressiva ao corpo, de modo que seu uso reiterado pode comprometer a saúde da criança e gerar danos maiores do que a não utilização do fármaco.⁸¹ Portanto, no exemplo, a intervenção recusada não é eficaz, já que se tem a comprovação de que a utilidade do medicamento não se destina ao tratamento dos efeitos da contaminação pelo coronavírus. Dessa maneira, se conclui que a decisão dos pais observou o melhor interesse da criança por esse critério.

⁷⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 205-234.

⁸⁰ SINGH, Bhagteshwar; RYAN, Hannah; KREDO, Tamara; CHAPLIN, Marty, FLETCHER, Tom. Chloroquine or hydroxychloroquine for prevention and treatment of COVID-19. *Cochrane Library*, Reino Unido, n. 2, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3uFBUiy>. Acesso em 30 mar. 2022.

⁸¹ COLL, Liana. Não há evidências que cloroquina seja eficaz em prevenção ou tratamento da Covid-19, alerta pesquisador da Unicamp. *Unicamp*. 21 mai. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uGfcqp>. Acesso em 30 mar. 2022.

(e) A decisão contrária àquela tomada pelos pais seria mais benéfica à criança?

Caso se conclua que a decisão dos pais gera um dano ao filho, como já exposto, o Estado deve intervir de modo a proteger a criança e garantir a observância do seu melhor interesse. Entretanto, a decisão superveniente não pode gerar danos maiores ou equivalentes àqueles oriundos da escolha dos genitores, porquanto se manteria a inobservância do melhor interesse. Aqui, é necessário avaliar tanto os danos diretos da decisão que permanece quanto aqueles que, porventura, são originados da própria sobreposição ou resistência da decisão dos pais.⁸²

Como exemplo, tem-se a situação proposta: supõe-se que uma criança foi diagnosticada com câncer, e, por isso, sofre muitas dores. Existem remédios capazes de aliviar os sintomas e promover-lhe maior bem-estar, contudo, os pais têm medo de que esses medicamentos possam piorar o quadro clínico do filho. Diante do receio dos pais, os médicos afirmam que não há dados que evidenciam que o uso do medicamento poderia afetar o quadro clínico da criança; ainda assim, os genitores não permitem o tratamento para as dores.⁸³ É evidente que a ausência de tratamento para dor gera um dano concreto. Além disso, a autorização para o uso do medicamento seria mais benéfica, considerando que não existe qualquer informação que comprove a piora do quadro do paciente.

Logo, é possível verificar que a decisão dos pais não pode permanecer, e que o curso de ação superveniente seria uma opção mais adequada. Trata-se de decisão que não gera maiores danos à criança, pelo contrário, garante conforto e bem-estar. Assim, depreende-se que essa é uma avaliação comparativa: busca-se a decisão cujos efeitos negativos sejam menos relevantes ou inexistentes dentre as duas propostas, e que seja capaz de maximizar os benefícios gerados.

(f) Existiria outra opção, menos invasiva à autoridade parental, que também preveniria o dano ou o risco ao qual a criança se encontra exposta?

Novamente, o fundamento para este critério se encontra na autoridade parental como uma liberdade geral dos genitores. O objetivo original deste questionamento é garantir que os pais possam agir livremente segundo suas próprias convicções na criação dos filhos.

⁸² GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁸³ Exemplo adaptado. DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

No Brasil, entretanto, não se pode aplicar o critério com o mesmo fundamento, sob pena de deturpar a própria função do instituto. A autoridade parental deve ser preservada enquanto garante o desenvolvimento pleno da criança. Na hipótese em que a decisão concretize outros valores que não o melhor interesse do filho, não faz sentido a manutenção do instituto. Diferentemente do que coloca Douglas Diekema⁸⁴, o que se propõe não é a criação de um parâmetro que garanta a plena liberdade dos pais, mas um que determine elementos concretos de avaliação do melhor interesse da criança. Os pais possuem um âmbito de livre atuação segundo os seus próprios valores, mas esse poder deve ser instrumentalizado aos interesses dos filhos.

Isso posto, este critério não é admitido como fator determinante à intervenção estatal. Caso a medida pertinente à proteção da criança for a substituição da decisão dos genitores, não há que ser considerada outra medida menos invasiva à autoridade dos pais, visto que essa já não mais cumpre sua função. Essa pergunta, portanto, não se aplica à realidade brasileira, não sendo transponível para a avaliação de tomadas de decisão sob o ordenamento nacional.

(g) A intervenção do Estado pode ser generalizada a outras situações similares?

Esse critério busca garantir que a intervenção estatal não seja utilizada de modo a impor valores morais, de tal forma que a avaliação da decisão dos pais se concentra nos seus efeitos, e não em sua motivação. Sem esse critério, haveria espaço para a avaliação de concepções morais individuais que, ainda que justifiquem a decisão tomada pelos genitores, não têm relação direta com a observância do melhor interesse da criança na tomada de decisão.

A título de exemplo: uma criança com anemia crônica tem como tratamento mais indicado pela equipe médica uma transfusão de sangue, a qual os pais recusam por serem Testemunhas de Jeová. No caso dela, é possível que haja um tratamento farmacológico, que, no entanto, tem como efeito colateral a redução de seu crescimento. Não existe incerteza médica nesse caso: a transfusão de sangue se trata do tratamento ótimo, enquanto a medicação consiste em uma alternativa sub-ótima.⁸⁵

⁸⁴ DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

⁸⁵ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

No caso das pessoas Testemunhas de Jeová, a transfusão de sangue não é admitida. Contudo, uma vez que os genitores se encontram na posição de tomar uma decisão relacionada ao tratamento da filha, que não tem capacidade para decidir autonomamente, essa concepção religiosa não possui relevância na análise da escolha do tratamento. O que se avalia não são os valores dos pais que influenciam a decisão, mas suas consequências: o fato de que a criança terá uma estatura mais baixa do que o esperado com o tratamento sanguíneo pode configurar uma violação de seu melhor interesse, especialmente diante da existência de outro tratamento que não importe efeitos colaterais semelhantes.

Rememora-se que a delimitação do dano é relacional, ou seja, diz respeito à avaliação da existência de vias de ação mais ou menos benéficas, comparadas umas às outras. Assim, na existência de um dano à criança, a decisão dos pais deve ser substituída, não pelos valores destes, mas pelos efeitos da escolha na criança.

(h) Outros pais concordariam que a intervenção do Estado foi razoável?

O último dos critérios proposto por Douglas Diekema se trata de um teste de publicidade. Isso garante que a motivação para a intervenção do Estado tenha em vista a observância do melhor interesse, e que não se justifique pelas concepções morais que fundamentam a decisão. No sistema brasileiro, esse critério pode ser útil para avaliar se a decisão sobreposta gera uma violação ao melhor interesse, bem como se a nova decisão o observa. Trata-se, nesse sentido, de um parâmetro secundário: não busca avaliar a decisão dos pais em si, mas todo o processo de aferição pelo parâmetro do dano, e a possível sobreposição da decisão dos genitores.

Desse modo, após a análise de todos os critérios propostos, é possível ter mais precisão quanto à observância do princípio do melhor interesse. Por esse parâmetro, se determina com maior objetividade se a decisão dos pais viola o melhor interesse, bem como traçar o melhor curso de ação para substituir a escolha dos genitores.

4.2 Críticas, respostas e conclusões

Apesar do exposto, o parâmetro do dano não está isento a críticas. Pelo contrário, é pertinente para os fins deste trabalho, listar as principais discordâncias no que concerne à sua aplicação.

Em primeiro lugar, Giles Birchley defende que o parâmetro não é uma boa resposta à indeterminabilidade conceitual do princípio do melhor interesse.⁸⁶ Para ele, o ideal a ser feito seria especificar os valores que guiam o próprio melhor interesse, e não se orientar por um novo conceito. Isso se daria porque o parâmetro do dano não pode ser considerado mais específico do que o princípio, já que não se tem uma definição concreta acerca do que é dano.

Em resposta, é necessário avaliar o objetivo do parâmetro. Não se tem, aqui, o condão de substituir o princípio do melhor interesse, mas de complementá-lo – embora a função original do seu desenvolvimento tenha sido essa. Dessa maneira, ainda que não haja, de fato, uma definição concreta de dano, os critérios concretizados na forma de perguntas podem ser um guia para determinar se a decisão dos pais é a melhor na situação concreta.

Ainda, é válido lembrar que os conceitos indeterminados, tanto do melhor interesse, quanto do próprio dano, têm razão de ser: seu objetivo é justamente garantir que um amplo escopo de situações seja cabível em sua análise⁸⁷, de modo que, ainda que se admitam parâmetros, não é dispensada uma avaliação interpretativa do julgador. O que se tem, portanto, é que a função desses critérios, proposta neste trabalho, é orientar a interpretação, e não a substituir.

Em segundo lugar, o autor entende que o parâmetro do dano pode não ser suficiente para capturar todas as circunstâncias da tomada de decisão. Ou seja, existe a possibilidade de se desconsiderar atributos ou efeitos da decisão que não sejam considerados danos, mas que vão de encontro a interesses relevantes da criança.⁸⁸ Todavia, o método pressupõe a análise de todo o cenário, levando em conta tanto as consequências da decisão dos pais, quanto daquela que a substituiu, de forma a sopesar as consequências com relação aos danos diretos e colaterais. Além disso, a adaptação do parâmetro considera o melhor interesse do filho, e não uma decisão minimamente aceitável. Dessa forma, a incorrência em risco ou em dano tem ainda menos tolerância do que Diekema originalmente propõe.

Como conclusão, o que se tem é a possibilidade de aplicação do parâmetro do dano na forma de critérios norteadores da avaliação do princípio do melhor interesse. Essa

⁸⁶ BIRCHLEY, Giles. Harm is all you need? Best interest and disputes about parental decision making. *Law, ethics and medicine*, Cambridge, 2015, p. 1-5. DOI: 10.1136/medethics-2015-102893.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Funções das cláusulas gerais: abertura, mobilidade e ressystematização por via da formação de novos institutos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 174-195.

⁸⁸ BIRCHLEY, Giles. Harm is all you need? Best interest and disputes about parental decision making. *Law, ethics and medicine*, Cambridge, 2015, p. 1-5. DOI: 10.1136/medethics-2015-102893.

medida não só é compatível com o princípio, como também desejável⁸⁹, já que garante sua aplicação de modo mais coerente e reproduzível. No entanto, não faz sentido aplicar esse parâmetro sem que seja adaptado à realidade brasileira, uma vez que os pressupostos originais nos quais se fundamenta não são compatíveis com a natureza e a função da autoridade parental no Brasil. Assim, dos oito critérios estabelecidos por Diekema, sete são aplicáveis no ordenamento nacional, e um deles teve sua ordem alterada, já que não se trata de uma avaliação da decisão dos pais, mas da urgência da intervenção do Estado, o que justifica sua análise em última posição.

Com relação à ordem de análise dos critérios, outra doutrina se faz relevante já que se baseia no parâmetro do dano para determinar uma sequência hierárquica da avaliação. Dessa forma, pode complementar a avaliação da tomada de decisão dos pais. Trata-se da Zona de Discricionariedade Parental, que será avaliada no próximo tópico.

5 A Zona de Discricionariedade Parental (ZDP)

Em termos práticos, a Zona de Discricionariedade Parental é um método utilizado especificamente pelos profissionais da bioética e da saúde⁹⁰, que possibilita a avaliação da decisão tomada pelos pais. Ela se difere do parâmetro anterior, porque não cria um limite único, mas, de outra forma, determina um espectro de livre atuação dos genitores. É possível entender o método da seguinte forma:

Enquanto o princípio do dano serve como um limite para a intervenção que contraria a autoridade parental, o melhor interesse é frequentemente utilizado como uma forma de conceituar a decisão ótima para a criança. Entre esses dois extremos da decisão ótima e daquela que poderia causar um evidente dano, existe uma lacuna moral significativa, à qual se refere por “zona de discricionariedade parental” (ZDP) ou “zona cinza de tomada de decisão”.⁹¹

⁸⁹ COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 29 mai. 2013.

⁹⁰ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁹¹ Tradução livre. No original: “Although the harm principle serves as a threshold for intervening against parental decisions, the best interest standard is often used as a way to conceptualize an optimal decision for an infant. Between the 2 extremes of an optimal decision and a decision that would cause clear harm exists a morally significant gap, sometimes referred to the zone of parental discretion (ZPD) or gray zone of decision-making.”. Cf.: KRICK, Jeanne, A.; HOGUE, Jacob S.; REESE, Tyler R.; STUDER, Matthew A. Uncertainty: A uncomfortable companion to decision-making for infants. *Pediatrics*, aug. 2020, 146 (supplement 1); 14-17. Disponível em: <https://bit.ly/3njr2TR>. Acesso em 22 out. 2021. p. 14.

A ZDP é, portanto, um espaço no qual a decisão suficientemente boa pode ser tolerada.⁹² A aplicação desse método parte do pressuposto de que existem retrocessos a certos interesses da criança que não são prejudiciais o suficiente para que sejam considerados como danos.⁹³ Originalmente, a ZDP se fundamenta em três parâmetros éticos, quais sejam:⁹⁴

- (a) Os pais têm direito de tomar decisões pelos filhos, segundo suas próprias concepções: a ZDP compreende que a autoridade parental é um dever e um direito dos pais.
- (b) Os pais não são obrigados a maximizar o bem-estar dos filhos com base em referências de terceiros. Isso significa que os pais devem ter respeitadas suas próprias concepções acerca de bem-estar, já que este não é um conceito jurídico ou socialmente padronizado.
- (c) O limite da autoridade parental se encontra no dano que pode ser causado à criança. Cria-se, dessa forma, um espaço de maior liberdade para a tomada de decisão.

Antes de definir os pontos positivos do método, há que se enfrentar o seu problema fundamental: ele se baseia, assim como o parâmetro do dano, no exercício da autoridade parental como uma liberdade geral de criação dos filhos. Como já exposto no trabalho, essa premissa não pode ser transposta para o ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, os genitores têm liberdade para criar seus filhos, mas esta é condicionada à observância dos interesses da criança, e não à realização dos valores daqueles. Assim, para a utilização da ZDP, é necessário adaptá-la. Reitera-se que é dever dos pais a busca pelo melhor interesse da criança, de modo que o limite da autoridade parental se encontra na inobservância daquele.

Tendo isso em vista, é possível avaliar o método. Muito semelhante ao parâmetro do dano, a aplicação da Zona de Discrecionalidade Parental é realizada por meio de perguntas.

⁹² GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁹³ Conceito de dano por Lynn Gilliam. Cf.: The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016. DOI: 10.1177/1477750915622033.

⁹⁴ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

5.1 A aplicação do método

A aplicação do método proposto por Lynn Gilliam⁹⁵ se divide em dois estágios: o primeiro tem como objeto a análise do dano que decorre da decisão dos pais, enquanto o segundo avalia a existência e o alcance dos danos decorrentes da sobreposição da decisão pelo Poder Público.

O primeiro estágio se compõe de três perguntas:⁹⁶

(a) Qual a decisão dos pais?

O objetivo dessa pergunta é determinar a via de ação a ser prosseguida no tratamento da criança. Para isso, é fundamental que a equipe médica forneça aos genitores todas as informações necessárias para basearem a tomada de decisão: possibilidades, prognóstico, riscos e danos prováveis, entre outras. Além das informações necessárias, é importante que os genitores expressem com clareza sua escolha, para que possa ser avaliada em seus efeitos. Por isso, o diálogo entre a equipe médica e os pais é essencial.

(b) Quais seriam os efeitos para a criança, consequentes do prosseguimento com a decisão tomada pelos pais?

Ainda no âmbito das perguntas iniciais, essa questão tem por objetivo esclarecer todas as consequências da decisão dos genitores. Assim, retoma-se o exemplo da garota cujo tratamento recomendado era a transfusão sanguínea, com possibilidade de terapia alternativa com medicamentos.⁹⁷ Nesse caso, é necessário deixar claro para os genitores que o uso do fármaco poderia deixar a criança menor em estatura do que o esperado. Assim, a decisão dos pais é fundamentada em elementos concretos que garantam a eles o entendimento das consequências de sua ação.

Aqui, destaca-se que não se trata de juízo acerca das consequências, ou seja, não se tem em vista ainda, avaliar se a decisão gera, ou não, danos ou riscos à criança. A pergunta tem caráter informativo, e não avaliativo.

⁹⁵ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁹⁶ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

⁹⁷ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

(c) Esses efeitos ou consequências são tão graves que constituem um provável dano significativo para a criança?

Essa pergunta deve ser adaptada ao contexto brasileiro. Isso porque a ZDP pressupõe que existe um espaço entre a decisão danosa e aquela que seja ótima, e, de modo geral, toda aquela que estiver entre esses dois limites cumpre com a função da autoridade parental. Entretanto, no ordenamento jurídico do Brasil, qualquer decisão que contrarie o melhor interesse da criança é ilegítima. Nesse sentido, para concluir pela observância ou não do princípio norteador, é necessário que se realize a ponderação de seus riscos e benefícios. Assume-se a possibilidade de gerar um risco ou um dano, já que, via de regra, toda intervenção médica pressupõe a existência desses elementos. O que se busca avaliar é se existem outras decisões mais benéficas do que aquela feita pelos pais.

A título de exemplo: uma criança precisa ser submetida a uma cirurgia para retirada da vesícula. Em alguns casos, esse procedimento pode ser realizado por laparoscopia, uma técnica menos invasiva e dolorosa.⁹⁸ Se, no caso da criança, a técnica é possível, e ainda assim os pais optam pela realização da cirurgia na forma tradicional, mais invasiva, é possível que se configure um dano significativo, já que existia uma via de ação mais benéfica. Por outro lado, se restar configurada a impossibilidade da laparoscopia pelas circunstâncias do caso, pode-se concluir que o procedimento comum não configura o mesmo dano da situação anterior, posto que não há outra medida mais benéfica.

Dessa forma, a pergunta pode ser melhor entendida quando se parte do objetivo comparativo das vias de ação. Pode ser expressa da seguinte forma: “os efeitos ou consequências da decisão são mais danosos ou geram maior risco do que outra via de ação possível?” Aqui devem ser consideradas tanto as possibilidades de autorização quanto de recusa do tratamento médico.

Uma vez que a decisão perpassa pelas três perguntas e se configura a necessidade de substituí-la, avança-se para o segundo estágio, que se compõe de duas perguntas. Esse tem por objetivo a análise dos possíveis danos que podem decorrer da decisão superveniente.⁹⁹

⁹⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Alexandre Coutinho. Retirada da vesícula. *Dr. Alexandre Coutinho Teixeira de Freitas*, [s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/3rkhEBW>. Acesso em 12 abr. 2022.

⁹⁹ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

(d) Quais seriam os efeitos sobre a criança de se substituir a decisão dos pais?

Nesse critério, o que se busca avaliar não é a existência de danos pelo curso de ação determinado pelo Estado, mas aqueles originados do ato de se sobrepor a decisão dos genitores por outra.

Vale considerar que essa análise não diz respeito a danos aos pais, tampouco à autoridade destes sobre os filhos. Trata-se, efetivamente, de danos à criança. Assim, se a sobreposição gera danos em razão de respostas abusivas dos pais, é necessário reavaliar se estes observam o melhor interesse da criança. Como exemplo, imagina-se a situação na qual uma criança foi diagnosticada com câncer. Frente a isso, seus genitores não autorizam o tratamento recomendado, o que faz com que o corpo clínico busque uma decisão judicial que permita o prosseguimento com a quimioterapia. Os pais, então, removem a criança do hospital e, como consequência, retiram dela todo o suporte de saúde para reduzir as dores.¹⁰⁰

Compreende-se que a situação a qual esse critério visa a analisar não diz respeito a um dano à criança diretamente relacionado ao ato de se sobrepor à decisão dos pais. De outro modo, diz respeito à reação adversa dos genitores frente ao novo curso de ação.

Assim sendo, não é possível admitir que condutas como a do caso narrado ocorram. Considerando que o que norteia a atuação dos pais é o melhor interesse, não se pode adotar um critério que vislumbre a inobservância deliberada deste, sob pena de se naturalizar condutas abusivas. Logo, esse critério parece ter pouca relevância ao tutelar a criança, já que diz respeito a um espaço de livre reação dos pais perante a nova decisão, o que não se coaduna com a concepção brasileira da autoridade parental. Nesse caso, ele não tem aplicação no Brasil.

(e) Se houver a probabilidade de efeitos negativos na criança, provenientes da nova decisão, estes seriam um dano maior do que aquele esperado a partir da escolha original dos pais?

O último critério busca analisar se existem – e quais são – os danos provenientes da nova decisão. Ainda, tem por objetivo avaliar qual dos cursos de ação será menos danoso, e,

¹⁰⁰ GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

idealmente, qual será aquele que não gerará risco ou dano à criança, e que pode ser perseguido.

Por exemplo: no caso de Maria¹⁰¹, substituir a recusa ao procedimento cirúrgico por uma autorização poderia tornar os cuidados para com a criança inviáveis, já que os genitores não possuíam recursos para tal. Assim, como consequência, Maria teria que ser internada em uma instituição que pudesse garantir a ela esses cuidados, e que não onerasse a família mais do que fosse viável manter. Se isso fosse possível, a criança teria que ser afastada do convívio familiar, bem como da escola e das relações sociais, já que passaria muito mais tempo em um hospital. Desse modo, ainda que a cirurgia melhore o quadro clínico da criança, essa avaliação não é suficiente para promover o tratamento.

Uma vez traçado esse parâmetro, é possível concluir que embora seus fundamentos não sejam compatíveis com o ordenamento brasileiro, existem pontos fortes em seus critérios, que, somados àqueles do parâmetro do dano, podem gerar um terceiro método, eficiente e aplicável no Brasil.

6 A compatibilização entre a Zona de Discricionariedade Parental e o parâmetro do dano: o desenvolvimento de um método

Para determinar um método aplicável à realidade brasileira, serão utilizadas as perguntas tanto do parâmetro do dano, quanto da ZDP. É válido ressaltar que os fundamentos de ambos os métodos não foram transpostos, de maneira que todas as perguntas devem ser interpretadas levando em consideração que (a) a autoridade parental consiste em um rol de deveres e poderes instrumentalizados à criança; e (b) toda e qualquer decisão tomada pelos pais deve observar o melhor interesse dos filhos. Dito isso, passa-se ao método.

O primeiro estágio, assim como determina a Zona de Discricionariedade Parental¹⁰² tem por objeto o esclarecimento e a avaliação da decisão dos genitores. Desse modo, pergunta-se:

¹⁰¹ BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010, p. 280.

¹⁰² GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

(a) Qual a decisão dos pais?

O objetivo dessa pergunta é delimitar a via de ação proposta pelos pais. Para isso, o processo deve ser dialógico, mantendo os genitores informados de todas as alternativas, bem como de seus riscos e benefícios. Assim, a escolha pode ser feita de maneira intencional e informada. Uma vez que a decisão esteja clara a todos os envolvidos, passa-se a próxima questão.

(b) A intervenção sobre a qual os pais devem decidir tem eficácia comprovada?

O objetivo dessa pergunta é delimitar como se dará a avaliação dos riscos ou danos existentes. No caso de tratamentos experimentais, o que se tem em vista é a previsão de benefícios e possibilidade de danos, ainda não confirmados. Trata-se de um risco inerente ao procedimento, mas que pode ser ponderado frente aos benefícios esperados. Nessa hipótese, a avaliação deve ponderar se os riscos são razoáveis, e se há a possibilidade concreta de que a criança seja beneficiada. Ademais, a análise da decisão pelo tratamento experimental deve ser revista sempre que houver modificações nas circunstâncias.

Em contrapartida, caso haja um tratamento cuja eficácia é comprovada, presume-se que os riscos e os benefícios são conhecidos, de forma que a deliberação conta com maiores informações. O mesmo vale para aqueles recursos terapêuticos cuja ineficácia se comprova, como é o caso já mencionado do tratamento da COVID-19 por meio da Cloroquina.¹⁰³ Nesse caso, ainda que exista a ponderação entre os riscos e benefícios, essa é mais certa.

No caso em que houver um dano ou risco previsto em comparação a um curso de ação no qual esses são apenas prováveis, ambos contam com pesos diferentes na tomada de decisão. Aquela que conta com maiores danos necessários, dessa forma, pode ser descartada, priorizando-se aquela na qual existem maiores chances de benefícios sem ou com poucos riscos. Essa análise, todavia, não admite conclusões em abstrato, de forma que os benefícios também devem ser sopesados.

¹⁰³ COLL, Liana. Não há evidências que cloroquina seja eficaz em prevenção ou tratamento da Covid-19, alerta pesquisador da Unicamp. *Unicamp*. 21 mai. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uGfcqp>. Acesso em 30 mar. 2022.

(c) Quais os efeitos da decisão?

Com esse critério, delimita-se os efeitos necessários e aqueles prováveis da decisão dos pais sobre a criança. Em alguns casos, é importante delimitar também aquelas consequências as quais se sabe que não ocorrerão, já que, posteriormente, esse dado pode ser relevante para comparar as vias possíveis de ação. Dentre essas consequências, encontram-se os danos e os benefícios esperados.

(d) Esses efeitos podem ser considerados riscos ou danos significativos?

Essa avaliação pressupõe uma comparação. Retoma-se o caso da criança que removeria a vesícula. Para determinar se o procedimento mais invasivo consiste ou não em um dano significativo, é importante determinar se existe outra alternativa que seja capaz de atingir aos mesmos benefícios sem gerar os danos da primeira.

Importa avaliar ainda, se os riscos ou danos são justificáveis tendo em vista os benefícios. Por exemplo: uma vacinação injetável sempre gera um dano, decorrente da própria aplicação do imunizante. Entretanto, esse não é considerável frente aos benefícios provenientes, de modo que não faz sentido considerar que aplicar uma vacina em uma criança lhe gera danos significativos.

Findado o primeiro estágio, com a conclusão de que a decisão dos genitores gera dano ou coloca a criança em posição de risco injustificável, passa-se à segunda etapa. O objetivo é avaliar os riscos e danos provenientes da substituição da decisão dos pais.

(e) Qual a decisão superveniente?

O objetivo desse critério é evidenciar qual a decisão que se sobrepõe àquela dos pais. Especialmente em situações nas quais existem mais de um ou dois cursos de ação a serem analisados, esse pode ser um critério relevante para determinar, com clareza, os próximos tópicos.

(f) A decisão diversa daquela tomada pelos pais seria mais benéfica à criança?

Tendo em vista que a decisão dos pais gera risco ou dano que não pode ser assumido para a criança, é necessário que uma via de ação a substitua. Nesse caso, a pergunta tem por

objetivo avaliar se a via de ação eleita pelo Poder Judiciário é mais benéfica a criança do que a primeira, tanto nos efeitos necessários quanto nos riscos que impõe. Uma vez que a segunda via de ação for eleita, é necessário avaliar se ela será mais benéfica que a criança, porque, de outro modo, não há justificativa para sua manutenção.

(g) A intervenção do Estado pode ser generalizada a outras situações similares?

Busca-se fundamentalmente, com esse critério, a possibilidade de padronização e reprodução do parâmetro para situações semelhantes. Tendo em vista a possibilidade de generalização da decisão, cria-se um padrão de julgamento, que reiteradamente aplicado, pode gerar maior previsibilidade quanto ao próprio conceito de melhor interesse aplicado neste contexto. Vale ressaltar que quanto mais se aplica o parâmetro como um todo, mais se determina o princípio do melhor interesse.

(h) Qual o nível de urgência da intervenção estatal?

O penúltimo critério diz respeito à urgência da decisão médica. Uma vez que já se concluiu pela substituição da escolha dos pais, resta saber se existe um caráter urgente ou não, sob pena de a intervenção não ser mais eficaz.

(i) A intervenção passa pelo teste de publicidade? Outros genitores concordariam que ela foi razoável?

O objetivo dessa avaliação é, sobretudo, garantir que a decisão que substituiu a dos pais, seja compatível com o melhor interesse da criança, sob um ponto de vista diversificado. Esse critério importa, porque garante que a análise da decisão seja feita sobre seus aspectos objetivos, ou seja, as circunstâncias, já que os valores ou motivações que levaram os pais a optarem por um curso de ação em detrimento do outro podem ser individualizados. Portanto, o que se tem é uma avaliação da própria decisão do Estado, levando em consideração suas consequências para a criança.

Dessa forma, é possível compatibilizar os pontos fortes de ambos os parâmetros anteriormente estudados, de maneira a determinar um método aplicável nas tomadas de decisão sujeitas ao ordenamento brasileiro. Por esse método, consegue-se tanto justificar a ação dos pais a partir do melhor interesse, quanto avaliar se é necessário – bem como fundamentar – uma intervenção estatal no caso de inobservância do dever de cuidado pelos pais. Trata-se, ainda, de um método objetivo e reproduzível, características

importantes para garantir que a análise não se baseie exclusivamente em interpretações subjetivas.

6.1 Aplicação dos critérios em um caso concreto

A partir da avaliação dos critérios anteriores, importa avaliar como se dá a aplicação do método no caso concreto. Assim, tem-se a situação proposta:

Uma criança de três anos de idade é levada ao departamento de emergência do hospital por seus pais, que se preocupam com um ferimento na cabeça. Um dia antes, o menino brincava em barras [*monkey bars*], quando caiu de uma altura próxima a quatro pés [algo em torno de 1,21m] e bateu com a cabeça no chão. Ele não perdeu a consciência, e, depois de aproximadamente quinze minutos chorando, aparentava estar bem. Porém, hoje, ele reclama de dor de cabeça, e está vomitando. Já vomitou três vezes desde que chegou no departamento de emergência e continua reclamando de dor de cabeça. Os médicos informam os pais sobre estarem preocupados com a possibilidade de uma hemorragia intracranial, e acreditam que uma tomografia da cabeça é essencial para proceder com o diagnóstico e intervir se for necessário. Os pais estão convencidos de que o raio-x feito anteriormente gerou ao filho problemas de aprendizado, e recusam a [autorizar] a tomografia.¹⁰⁴

O primeiro estágio de aplicação do método desenvolvido consiste na compreensão da decisão dos genitores, bem como de suas consequências. Assim, a primeira pergunta busca delimitar a decisão dos pais, que, no caso, consistiu na recusa a autorizar a realização da tomografia na criança. Em segundo lugar, tem-se que a tomografia possui eficácia comprovada. Trata-se do procedimento padrão para avaliar a existência da hemorragia cranial, e seus riscos e benefícios são bem consolidados na prática médica. A

¹⁰⁴ Tradução livre. No original: “A 3-year-old child is brought to the emergency department by his parents who have concerns about a head injury. The day before, the child had been playing on the monkey bars when he fell about 4 feet and hit his head on the ground. He did not lose consciousness, and after about 15 minutes of crying, appeared to be fine. Today, however, he has been complaining that his head hurts and has been vomiting. He has vomited three times since arriving in the emergency department and continues to complain of a headache. The emergency department physician tells the parents that he is concerned about the possibility of intracranial bleeding and feels a CT scan of the head is essential to make a timely diagnosis and intervene if necessary. The parents are convinced that previous X-rays gave their son some learning problems, and refuse to consent to the CT scan”. Cf.: DIEKEMA, Douglas, MERCURIO, Mark, ADAM, Mary (org). *Clinical ethics in pediatrics: a case-based textbook*. Cambridge: University Press, 2011, p. 14-18., p. 14.

avaliação dos riscos e danos, portanto, pressupõe um escopo de informações confirmadas pela ciência, que não se encontram em fase de teste.

Em terceiro lugar, devem ser elencados os efeitos prováveis e necessários da via de ação eleita pelos pais. A recusa da tomografia, necessariamente, inviabiliza um diagnóstico mais preciso dos sintomas da criança, a mantendo em uma posição de risco pela hemorragia intracranial. Aqui, é possível destacar a impossibilidade de a tomografia gerar risco à aprendizagem da criança. Por fim, o exame conta como benefício a possibilidade de aferir com precisão a possível existência da hemorragia. Com essa informação, os médicos e os genitores podem tomar uma decisão mais assertiva quanto ao tratamento do paciente pediátrico.

A quarta pergunta do método busca avaliar se os efeitos podem ser considerados riscos significativos. Para essa conclusão, é necessário comparar os riscos e benefícios de todas as possibilidades de ação. A recusa do exame mantém a criança na posição de incertezas quanto à possibilidade de uma hemorragia cerebral, que inviabiliza um tratamento provavelmente necessário. Sem esse, a criança pode ir à óbito. Por outro lado, a autorização ao exame permitira um diagnóstico mais preciso, e, conseqüentemente, melhores resultados no tratamento. Por fim, não existe qualquer indicativo de que a tomografia afete a cognição da criança. Assim, é possível concluir que a recusa coloca a criança em posição de risco significativo, o qual não pode ser assumido, especialmente tendo em vista a segurança e os benefícios do exame ao qual ela deve ser submetida.

Determinado que a decisão dos pais colocaria a criança em risco, é necessário avaliar a possibilidade de substituí-la. O segundo estágio visa a essa avaliação.

O quinto critério tem por objetivo determinar qual a decisão superveniente, ou seja, aquela que substituirá a ação eleita pelos pais. Nesse caso, decide-se pela autorização à tomografia na criança. O sexto critério, por sua vez, possui um objetivo comparativo. Trata-se de avaliar se a decisão substituta àquela dos pais seria mais benéfica que a primeira. Tendo isso em vista, pode-se concluir que a autorização gera maiores benefícios do que a recusa ao exame, posto que permite uma garantia do diagnóstico da criança, viabilizando que a equipe médica tome as devidas providências caso seja necessário.

Em sétimo lugar, essa intervenção estatal pode ser generalizada a outras situações similares. Esse fato pode ser concluído já que a premissa dos pais é falsa, isto é, não há

indícios de que a tomografia coloque o desenvolvimento cognitivo da criança em risco. Desse modo, não existe razão que justifique a recusa. Conclui-se que a intervenção é legítima e pode ser reproduzida em situações similares.

Com relação à oitava pergunta, tendo em vista a existência do risco de hemorragia intracranial na criança, a decisão dos genitores deve ser substituída em caráter de urgência. Isso se dá frente à necessidade de tempo hábil para concluir o diagnóstico e tomar as medidas necessárias caso a hemorragia se comprove, sob pena de a criança falecer.

Por fim, pelo teste de publicidade, é razoável compreender que outros genitores concordariam com a substituição da decisão para garantir à criança a realização do exame. Ainda que a intenção dos pais tenha em vista o melhor interesse do filho –já que buscam evitar que a criança seja exposta a um risco grave -, a motivação se funda em uma falsa crença. Dessa maneira, a observância, de fato, do melhor interesse da criança não se determina pela intenção, mas, sim, pelas circunstâncias concretas. São essas, inclusive, que se mantêm em um teste de publicidade, já que os valores ou as motivações podem ser individualizados.

Percebe-se que a resposta a todas as condições seria suficiente para justificar uma substituição da vontade dos pais, autorizando a realização do exame. Apesar disso, a intervenção estatal não foi necessária no caso concreto, no qual, após horas de discussão entre a equipe médica e os genitores, estes autorizaram a realização do exame, que não apontou qualquer hemorragia cerebral.¹⁰⁵

Diante do exposto, a aplicação desse parâmetro a partir das perguntas se configura como um critério mais objetivo, que permite que a análise da situação seja feita e reproduzida de forma mais previsível. Como consequência, ainda que cada caso tenha suas peculiaridades, a avaliação da observância ao princípio do melhor interesse aplicado às relações de saúde torna-se menos discricionária à medida que as perguntas forem utilizadas. O parâmetro, ainda, observa os fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, já que condiciona o exercício da tomada de decisão dos pais à proteção em absoluta prioridade da criança.

¹⁰⁵ DIEKEMA, Douglas, MERCURIO, Mark, ADAM, Mary (org). *Clinical ethics in pediatrics: a case-based textbook*. Cambridge: University Press, 2011, p. 14-18.

7 Considerações finais:

A partir do estudo realizado, chega-se a algumas conclusões. Em primeiro lugar, a autoridade parental não é um direito subjetivo dos pais sobre os filhos. Pelo contrário, consiste em um poder-dever, ou seja, uma atribuição de um rol de deveres que recai sobre os genitores em prol dos filhos, até que estes completem a maioridade.

Nesse sentido, a função da autoridade parental é justamente a garantia do desenvolvimento pleno da personalidade dos filhos, promovendo um espaço seguro de desenvolvimento e autonomia. Essa proteção se justifica em razão da posição de vulnerabilidade das crianças, posto que sua personalidade ainda está em desenvolvimento.

Pelo instituto da autoridade parental, é dever dos genitores tomar decisões pelos filhos no âmbito de saúde, enquanto estes não possuem capacidade para consentir. No entanto, mesmo nesse cenário, os pais não possuem discricionariedade ampla para decidir sobre os filhos, e, portanto, é necessário que o ordenamento jurídico estabeleça diretrizes para as decisões tomadas. No Brasil, essas balizas são definidas pelo princípio do melhor interesse.

O princípio do melhor interesse, positivado no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, configura-se na forma de uma cláusula geral. Assim, seu conceito indeterminado é fundamental, já que essas cláusulas pressupõem uma ampla aplicabilidade em situações diversas, ainda que não especificamente previstas pelo legislador. Entretanto, essa característica pode ser um problema ao se aplicar o princípio diretamente na situação concreta. Por isso, o próprio Comitê dos Direitos da Criança sugere a criação de uma lista com estabelecimento de critérios que permitam a avaliação do princípio do melhor interesse na situação concreta.

Por óbvio, a utilização de parâmetros concretos não substitui o processo interpretativo na análise da decisão dos pais. Entretanto, a importância da utilização de um método se dá, fundamentalmente, na possibilidade de estabelecer critérios objetivos e reproduzíveis para a avaliação da observância ou não do melhor interesse da criança na tomada de decisão, bem como na justificativa da intervenção estatal.

Ao analisar a indeterminabilidade do conceito, a doutrina norte-americana sugere o parâmetro do dano como substituto do princípio do melhor interesse na avaliação da

tomada de decisão dos pais pelos filhos em contexto de saúde, especialmente no que consiste à sua recusa. Esse parâmetro se fundamenta no conceito da autoridade parental como uma liberdade, e não enquanto um rol de deveres como definido no ordenamento brasileiro. Assim, embora o método do parâmetro seja relevante, suas premissas devem ser adaptadas. Como consequência, sete das oito condições propostas são transponíveis para a realidade brasileira. Ainda, modifica-se sua finalidade original, qual seja a de substituir o princípio do melhor interesse, pela função de complementaridade, esta compatível com o ordenamento jurídico nacional.

Outro método sugerido pela doutrina estadunidense consiste na Zona de Discricionariedade Parental. Esse método se baseia na premissa de que os pais possuem liberdade para tomar decisões que não visem ao melhor interesse da criança, desde que não a coloque em situação de risco ou dano. Por isso, propõe uma zona cinza na qual as decisões dos pais podem observar seus próprios valores, mesmo que não seja a melhor das opções. Essa premissa também não se aplica ao Brasil. Desse modo, na existência de uma decisão ótima e uma inferior, aquela sempre deve ser priorizada. Ainda assim, a ZDP traz um método dividido em dois estágios, que pode ser adaptado. Mantêm-se as perguntas, no entanto, alteram-se os fundamentos.

Uma vez tendo os pressupostos de ambos os parâmetros anteriores adaptados à realidade brasileira, percebe-se que eles se complementam. Desse modo, cria-se um terceiro método a partir de ambas as construções, de maneira que se tenha um processo ainda mais completo de avaliação da tomada de decisão dos pais, sempre visando ao melhor interesse da criança.

Tem-se, ao final, um parâmetro dividido em duas etapas, ao todo com nove perguntas, pelo qual é possível avaliar com maior precisão se a decisão dos pais a respeito da saúde de seus filhos menores observou o princípio do melhor interesse.

8 Referências bibliográficas:

ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 205-234.

BIRCHLEY, Giles. Harm is all you need? Best interest and disputes about parental decision making. *Law, ethics and medicine*, Cambridge, 2015, p. 1-5.

BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? *Nursing philosophy*, online, v. 11, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, 2018.

COLL, Liana. Não há evidências que cloroquina seja eficaz em prevenção ou tratamento da Covid-19, alerta pesquisador da Unicamp. *Unicamp*. Campinas, 21 mai. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uGfcqp>. Acesso em 30 mar. 2022.

COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. São Paulo. 261 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general n. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 20 jul. 2009.

COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 29 mai. 2013.

COMITÉ de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). *Organização das Nações Unidas*. Genebra, 17 abr. 2013.

DIEKEMA, Douglas, MERCURIO, Mark, ADAM, Mary (org). *Clinical ethics in pediatrics: a case-based textbook*. Cambridge: University Press, 2011.

DIEKEMA, Douglas. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theoretical Medicine and Bioethics*, [s.l.], v. 25, 243-264, 2004.

DIEKEMA, Douglas. Revisiting the Best Interest Standard: Uses and Misuses. *The Journal of Clinical Ethics*, [s.l.], v. 22, n. 22, p. 128-133, 2011.

ELLISTON, Sarah. Setting the scene. In: ELLISTON, Sarah. *Best interest of the child in healthcare*. Taylor & Frances, 2007., p. 1-31.

EMANUEL, Ezekiel; EMANUEL, Linda. Cuatro modelos de la relación médico-paciente. In: COUCEIRO, Azucena (org). *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela, 1999, p. 95-108.

GILLIAM, Lynn. The zone of parental discretion: an ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child. *Clinical ethics*, Manchester, v. 1, n. 1, 1-8, 2016.

HESTER, D. Micah, LANG, Kellie R., GARRISON, Nanibaa', A. DIEKEMA, Douglas S. Agreed: The harm principle cannot replace the best interest standard... but the best interest standard cannot replace the harm principle either. *The American Journal of Bioethics*, a. 18, n. 8, p. 38-40. Disponível em: <https://bit.ly/3qGokHf>. Acesso em 27 mar. 2022.

KOPELMAN, Loretta. The best-interests standard as threshold, ideal, and standard of reasonableness. *The Journal of medicine and Philosophy*, v. 22, a. 3, jun. 1997, 271-289.

KRICK, Jeanne, A.; HOGUE, Jacob S.; REESE, Tyler R.; STUDER, Matthew A. Uncertainty: An uncomfortable companion to decision-making for infants. *Pediatrics*, aug. 2020, 146 (supplement 1); 14-17. Disponível em: <https://bit.ly/3njr2TR>. Acesso em 22 out. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS-COSTA Judith; MÔLLER, Letícia Ludwig Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÔLLER, Letícia Ludwig (orgs). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

MULTEDO, Renata Vilela. A heteronomia estatal no exercício da autoridade parental. In: MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PAIS da ‘menina-bebê’ são acusados de eugenia. *Globo.com*. 05 jan. 2007. Disponível em: <http://glo.bo/35a3JXn>. Acesso em 24 mar. 2022.

PAIS de menina doente tentam impedir crescimento da filha. *Globo.com*. 04 jan. 2007. Disponível em: <http://glo.bo/38oZXAL>. Acesso em 24 mar. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de família*, v. 5. 25^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, 33^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSS, Lainie Friedman. Informed Consent in Pediatric Research. In: ROSS, Lainie Friedman. *Children in medical research: access versus protection*. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 89-104.

SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

SINGH, Bhagteshwar; RYAN, Hannah; KREDO, Tamara; CHAPLIN, Marty, FLETCHER, Tom. Chloroquine or hydroxychloroquine for prevention and treatment of COVID-19. *Cochrane Library*, Reino Unido, n. 2, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3uFBUiy>. Acesso em 30 mar. 2022.

STF, ADPF 754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 14.02.2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito das Famílias*, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3wRhglI>. Acesso em 20 out. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O lugar jurídico da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEIXEIRA DE FREITAS, Alexandre Coutinho. Retirada da vesícula. *Dr. Alexandre Coutinho Teixeira de Freitas*, [s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/3rkhEBW>. Acesso em 12 abr. 2022.

VETORES de transmissão, risco de síndrome grave e miocardite: especialistas apontam os perigos de deixar de vacinar crianças contra Covid-19. Instituto Butantan, 29 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3LEwzP9>. Acesso em 04 abr. 2022.