

Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde

Kalline Carvalho ELER*

RESUMO: Este artigo analisa a capacidade da criança para tomar decisões em saúde, intitulada de “capacidade sanitária”, a partir da aplicação do conceito de capacidades evolutivas no contexto dos seus cuidados em saúde. Metodologicamente, trata-se de pesquisa teórica e documental, fundamentada nos estudos conduzidos por Albuquerque, Eler e Lansdown, e nas normativas de direitos humanos, bem como nos Comentários Gerais produzidos pelo Comitê sobre os Direitos da Criança e pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade civil; capacidade jurídica; capacidades evolutivas; capacidade sanitária.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Modelo de capacidade jurídica do Direito Civil brasileiro; – 3. Modelo de Direitos Humanos da Capacidade Jurídica da Criança: capacidades em evolução; – 4. Capacidade da criança para tomar decisões em saúde: a capacidade sanitária; – 5. Considerações Finais; – Referências.

TITLE: *From Civil incapacity to Evolving Capacities: Children's Decision-Making in Healthcare*

ABSTRACT: *This article aims to analyze the child's capacity to make healthcare decisions, from the application of the concept of evolving capacities in pediatric care. Methodologically, it is a theoretical and documentary research, conducted based on Albuquerque, Eler and Lansdown surveys, and on human rights law, as well as on the General Comments produced by the Committee on the Rights of the Child and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEYWORDS: *Civil capacity; legal capacity; evolving capacities; capacity to make healthcare decisions.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Legal Capacity in Brazilian Civil Law; – 3. Children's Legal Capacity in Human Rights: evolving capacities; – 4. Children capacity to make healthcare decisions; – 5. Final Considerations; – References.*

1. Introdução

Nos últimos 30 anos, constata-se uma crescente conscientização acerca da obrigação dos profissionais de saúde de respeitar as escolhas autônomas externadas pelos pacientes, mesmo aquelas consideradas irracionais ou contrárias ao prolongamento artificial da vida.¹ A mesma conscientização, contudo, não se observou em relação às crianças que, dada sua incapacidade civil, estão sujeitas às decisões tomadas por seus genitores ou

* Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em Bioética e Direitos Humanos pela Universidade de Brasília. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito do Paciente. Coordenadora do Observatório Direitos do Paciente.

¹ BRIERLEY, Joe; LARCHER, Victor. Adolescent autonomy revisited: clinicians need clearer guidance. *J Med Ethics*, n. 42, 2016, p.482–485.

responsáveis legais. Desse modo, em geral, as crianças ocupam uma posição marginal e passiva nas consultas e são ignoradas e desacreditadas pelos profissionais de saúde, sendo sua participação desestimulada e prejudicada.²

Observa-se que as oportunidades de participação das crianças nos seus cuidados em saúde, comumente, são bastante limitadas e que os pais e os profissionais de saúde não chegam a considerar as muitas maneiras pelas quais as crianças podem ser envolvidas no processo de tomada de decisão acerca do seu próprio cuidado.³⁻⁴ Torna-se extremamente difícil para uma criança adotar uma postura mais participativa em seus cuidados quando os pais, os responsáveis e os profissionais ainda permanecem com uma visão paternalista, excessivamente protecionista, e com a crença de que a criança não pode tomar decisões por ser considerada juridicamente incapaz, como ocorre no Brasil.

Essa situação de alijamento da criança no processo decisório sobre seus cuidados em saúde impõe uma reflexão acerca da sua capacidade para tomar decisões nesse contexto.

Nos cuidados em saúde, adota-se o termo “capacidade sanitária”⁵⁻⁶⁻⁷ para explicar que a capacidade para tomar decisões em saúde diferencia-se da capacidade exigida para outros atos da vida, existindo instrumentos de avaliação específicos para a tomada de decisões no campo dos cuidados em saúde.

O Direito brasileiro não regulamentou a capacidade sanitária da criança, destoando de países da América do Sul, tais como Argentina, Costa Rica, Equador, Uruguai, Venezuela e Colômbia que, apresentam disposições legais acerca da participação e da tomada de decisão das crianças nos cuidados em saúde. Cita-se, ainda, os modelos de capacidade sanitária mais consolidados, tais como o do Reino Unido e o dos Estados Unidos. O modelo britânico adota a competência Gillick e assegura o direito aos menores de 16 anos de consentirem com tratamentos médicos se apresentarem habilidades decisórias para

² ELER, Kalline. *Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

³ COYNE, Imelda; AMORY, Aislinn; KIERNAN, Gemma; GIBSON, Faith. Children’s participation in shared decision-making: Children, adolescents, parents and healthcare professionals’ perspectives and experiences. *Eur J Oncol Nurs*. Elsevier Ltd; 18(3), 2014, p.273–280.

⁴ GABE, Jonathan; OLUMIDE, Gillian; BURY, Michael. “It takes three to tango”: a framework for understanding patient partnership in pediatric clinics. *Soc Sci Med*. Sep;59(5), 2004, p.1071–1079

⁵ ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico normativo. *Revista de Bioética Y Derecho*, n.43, 2018, p. 193-209.

⁶ DONNELLY, Mary. *Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism*. New York: Cambridge University Press, 2010.

⁷ BORQUEZ E, Gladys et al. La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal. *Rev. méd. Chile*, Santiago, v. 135, n. 9, p. 1153-1159, sept. 2007. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872007000900009. Acesso em 12 abr. 2022.

tanto. O modelo estadunidense fundamenta-se na doutrina do menor maduro, assim denominada pela jurisprudência, que confere ao menor de idade a possibilidade de ser considerado capaz de tomar suas próprias decisões em saúde, uma vez preenchidos alguns requisitos que variam conforme o Estado da federação.⁸

Há poucas referências no ordenamento jurídico brasileiro à consideração da vontade e preferências da criança nos assuntos que lhe são afetos, como se verifica no Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante ECA, que assegura o direito à participação da criança em relação a determinados temas. Desse modo, o exercício desse direito encontra-se restrito à participação na vida familiar; na vida política e em processos judiciais ou administrativos. Igualmente, o Enunciado 138 da 3ª Jornada de Direito Civil estabelece que: “a vontade dos absolutamente incapazes em razão da idade é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. No entanto, não há a informação de como se dará a valorização dessa vontade; qual será o seu peso na decisão final; o que ocorrerá na hipótese de uma vontade da criança contrária à vontade dos seus pais ou responsáveis; e o que significa discernimento. Em decorrência da lacuna jurídica assinalada, os direitos humanos da criança-paciente, principalmente aqueles que lhe asseguram um papel ativo nos cuidados em saúde, continuam sendo rotineiramente desrespeitados.⁹

No âmbito do Direito brasileiro, a capacidade é apresentada a partir de uma construção binária na qual existem apenas duas categorias de pessoas, as capazes e as incapazes. A capacidade, tal como disposta no Código Civil, está atrelada às questões da ordem civil e, por isso, a maioria da doutrina civilista adota a expressão “capacidade civil”, o que, todavia, não é adequado, pois o instituto da capacidade tem relevância para todos os âmbitos da vida de uma pessoa, não estando restrito ao regime do Direito Civil. Sendo assim, neste artigo adota a expressão “capacidade jurídica”, pois o regime da capacidade civilista não tem como fundamento a dignidade humana, a autonomia pessoal, a não discriminação e outras prescrições de direitos humanos como seus norteadores.¹⁰ Assim, considerando que o exercício da capacidade jurídica está relacionado à dignidade humana, sendo a autonomia pessoal (e não autonomia privada) seu principal elemento, trata-se de um conceito pertencente aos Direitos Humanos, conforme posto pela

⁸ ELER, Kalline. *Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁹ ELER, Kalline. *Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁰ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 2006.

Ademais, a inflexibilidade do conceito de “capacidade civil”, cunhado em um contexto de excessiva preocupação com a proteção do patrimônio, produz efeitos negativos com relação à criança-paciente ao retirar-lhe a autonomia para decidir sobre seu próprio corpo. Percebe-se, dessa maneira, no que tange à capacidade, a necessidade de especificação dos seus domínios de aplicação e de uma releitura do instituto consoante o arcabouço dos Direitos Humanos.

Este artigo, com base no novo paradigma forjado nos direitos humanos, também distingue a capacidade jurídica da capacidade mental, denominada decisional, em referência às habilidades necessárias para tomar uma decisão, algo que pode ser influenciado por diversos fatores, inclusive ambientais e sociais.

Diante do cenário apresentado, o objetivo do trabalho é analisar a capacidade da criança para tomar decisões em saúde, intitulada de “capacidade sanitária”, a partir da aplicação do conceito de capacidades evolutivas no contexto dos seus cuidados em saúde. Esclarece-se que, por criança, compreendem-se os menores de 18 anos, conforme a definição de empregada pela Convenção Sobre os Direitos da Criança – CDC, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1989, em seu primeiro artigo.

De acordo com o art. 5º da CDC, toda criança tem direito à consideração das suas capacidades evolutivas nos mais diversos assuntos que lhe dizem respeito. Aplicando-se o conceito de capacidades evolutivas na área da saúde, chega-se à capacidade sanitária que é elemento central da tomada de decisão e define-se pela presença de certo número de habilidades, cognitivas, afetivas, volitivas, psicológicas; exigidas para a tomada de uma decisão concreta em um determinado momento. Assim, as capacidades evolutivas das crianças, no âmbito da saúde, vinculam-se às habilidades decisoriais necessárias para que a criança possa exercer seus direitos e se autodeterminar quanto ao tratamento proposto.

A presente investigação, portanto, objetiva analisar a capacidade da criança para tomar decisões em saúde, contrapondo-se às concepções que, sem embasamento científico partem do pressuposto de que as crianças, em razão da pouca idade de vida, são imaturas e não têm direitos ou habilidades necessárias para participar das deliberações sobre os seus cuidados em saúde.

Sob o prisma metodológico, este trabalho é de cunho teórico e documental e fundamenta-se nas pesquisas desenvolvidas por Albuquerque,¹¹ que analisou o novo paradigma do regime de capacidade jurídica baseado no referencial dos Direitos Humanos; e por Eler,¹² que aplicou o referencial de direitos humanos quanto à capacidade jurídica da criança no contexto dos cuidados pediátricos; bem como no estudo promovido pela UNICEF e pela organização sueca *Save the Children*, coordenado por Lansdown¹³ que trata do conceito de capacidades evolutivas; e, ainda, em alguns estudos empíricos coordenados por Grootens-Wiegers et al.¹⁴ que reforçam a importância do envolvimento da criança no projeto terapêutico e suas habilidades decisórias para tanto. A presente investigação, igualmente, se alicerça nas normativas de direitos humanos, em especial na CDC e na CDPD, além dos Comentários Gerais produzidos Pelo Comitê sobre os Direitos da Criança e pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU.

O artigo encontra-se estruturado da seguinte forma: inicialmente, é apresentado o modelo de capacidade jurídica desenhado no direito civil brasileiro e sua inadequação para assegurar a participação efetiva da criança no processo decisório conforme suas habilidades decisórias; no segundo tópico, passa-se a abordar o conceito de capacidades evolutivas da CDC, demonstrando sua relação com o conceito de capacidade mental e com as mudanças introduzidas pela CDPD; por fim, terceiro tópico desenvolve argumentos que visam à proposição da substituição da noção de incapacidade civil da criança e pela a de capacidade sanitária.

Passa-se, a seguir, à análise crítica do modelo de capacidade jurídica do Direito Civil brasileiro.

2. Modelo de capacidade jurídica previsto no direito civil brasileiro: críticas

O Código Civil dispõe, em seu primeiro artigo, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A legislação civil, a despeito da ampla previsão do primeiro artigo, divide a capacidade em capacidade de direito (ou de gozo) e em capacidade de

¹¹ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹² ELER, Kalline. *Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹³ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

¹⁴ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p.1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

fato (ou de exercício), de modo que a capacidade jurídica plena apenas é reconhecida para aqueles que dispõem tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de fato. Segundo a teoria civilista brasileira, a capacidade de direito indica as relações jurídicas nas quais os sujeitos de direito podem figurar¹⁵ e a capacidade de fato, diferentemente, diz respeito à prática pessoal dos atos da vida civil, que pode sofrer limitações em virtude da idade e do estado de saúde. Isso significa que, embora uma pessoa seja considerada capaz de direito, poderá não exercer esses direitos de forma pessoal, dependendo, para tanto, de um representante, no caso da incapacidade absoluta, ou de um assistente, na hipótese de incapacidade relativa. Enquanto na representação há a substituição da vontade do incapaz pela vontade do representante, sendo reputados nulos os atos praticados pelo incapaz (art. 166, CC); na assistência, o incapaz atua conjuntamente com seu assistente, havendo um concurso de vontades hierarquicamente idênticas, de modo que os atos praticados pelo incapaz configuram a hipótese de anulabilidade (art. 171, CC) que permite posterior ratificação pelo assistente.

Nesse sentido, o Código Civil institui o regime das incapacidades ao dispor em seu art. 3º que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil; e, em seu art. 4º, que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e aos viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos são considerados relativamente incapazes. Percebe-se, portanto, que para o Direito Civil a vontade de uma pessoa só irá produzir efeitos jurídicos se ela for considerada capaz.

O regime das incapacidades, enquanto reflexo da própria construção do Direito Civil, foi estruturado tendo por fundamento dois grandes pilares: o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio.¹⁶ Esse regime, embora tenha passado por algumas modificações, por ser produto das codificações de matiz oitocentista que colocavam o patrimônio como noção nuclear das relações privadas, é insuficiente para proteger a pessoa, posto que não tem como fundamento a dignidade humana, a autonomia pessoal, a não discriminação e outras prescrições de direitos humanos como seus norteadores.¹⁷

A maioria dos civilistas contemporâneos defende a releitura de todos os institutos do Direito Civil a partir dos valores constitucionais, de modo a respeitar a dignidade

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

humana, e ressalta a excepcionalidade da incapacidade do adulto e sua aplicação apenas para o exercício das situações jurídicas patrimoniais, excluindo-se as relações jurídicas existenciais, como no exemplo dos direitos de personalidade. Não obstante, não se verifica entre os civilistas, mesmo os mais progressistas, a defesa da abolição da divisão entre incapacidade absoluta e relativa e da supressão da declaração da incapacidade legal, tal como sustenta Albuquerque.¹⁸ Ao contrário, a doutrina civilista, desprovida de embasamento científico, permanece defendendo o regime das incapacidades, tal como posto no Código Civil, sob a justificativa de que “o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas”;¹⁹ “o instituto da capacidade de agir procura proteger as pessoas por ele atingidas”;²⁰ “a lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção”.²¹

Nota-se que o argumento da proteção vem sendo repetido desde a promulgação do Código Civil de 1916 e empregado para suprimir direitos humanos da pessoa que se torna objeto de proteção do Estado sem a possibilidade de exercê-los autonomamente. Ocorre que, como demonstra Albuquerque,²² a melhor forma para proteger as pessoas em razão de alguma vulnerabilidade é torná-las mais fortes e seguras de si através da garantia dos seus direitos ou de mecanismos de apoio para que elas se posicionem de forma contundente contra abusos e maus-tratos.

A despeito do entendimento já sedimentado pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²³ de que todas as pessoas devem ter, a partir do advento da CDPD, o direito à capacidade jurídica, a doutrina civilista ainda justifica a incapacidade do adulto e da criança em função da ausência de discernimento da pessoa, comumente entendido como “a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade”.²⁴ A título de exemplo, Moraes explica que “quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos” e que a “capacidade se funda no

¹⁸ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 322.

²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 192.

²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil I*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 228.

²² ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²³ UNITED NATIONS. *General comment No. 1 - Article 12: Equal recognition before the law*. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crpd/general-comments>>. Acesso em 12 abr 2022.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 191.

discernimento, na racionalidade do sujeito”.²⁵ No mesmo sentido, Teixeira, Rodrigues,²⁶ Nevares e Schreiber²⁷ tecendo críticas ao critério etário de capacidade estabelecido no Código Civil, concordam que a noção jurídica de capacidade deve estar atrelada ao discernimento.

Todos os autores citados apresentam uma noção bastante imprecisa e sem fundamento científico da capacidade ao vincularem tal instituto ao conceito de discernimento, pois não apresentam qualquer evidência científica que fundamente o que seja “discernimento”.²⁸ Assim, as pessoas são declaradas incapazes sem qualquer avaliação concreta das habilidades de decidir a partir de instrumentos validados como, por exemplo, o MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment – MacCAT-T, o teste mais difundido no mundo para a avaliação da capacidade mental.²⁹

Stancioli³⁰ e Silva,³¹ buscando uma releitura do instituto da capacidade, propõem que seja feita uma distinção entre capacidade negocial e capacidade de entendimento, ficando a primeira restrita às questões patrimoniais do sistema negocial e a segunda para os demais assuntos. Conforme o esquema proposto, na capacidade genérica (negocial), “P” é capaz para qualquer tarefa, se uma idade é alcançada; na capacidade específica (capacidade de entendimento) “P” é capaz para essa tarefa, se a habilidade para essa tarefa é alcançada.

No tocante à capacidade negocial, não é necessário aferir qualquer grau de cognição, pois a capacidade é definida a partir do parâmetro objetivo da idade. Em relação à capacidade de fato, a ênfase é colocada na habilidade de entender de modo que essa capacidade, nas palavras de Stancioli, “tem, portanto, uma imbricação muito mais íntima com a autonomia da vontade”.³² De forma mais específica, quanto ao poder de decisão das

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192.

²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Quaestio Iuris*, 9(3), 2016, p. 1545–1558. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/24705#:~:text=O%20presente%20artigo%20tem%20opor,da%20solidariedade%20social%20e%20da>>. Acesso em 12 abr 2022.

²⁸ Quanto a este ponto, a maioria dos civilistas também sustenta que a pessoa com deficiência física ou mental que estiver impossibilitada de manifestar sua vontade será considerada relativamente incapaz, enquadrando-se no art. 4º, III, do Código Civil, o que comprova desconhecimento do novo paradigma acerca da capacidade inaugurado pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que veda a presunção de incapacidade das pessoas com deficiência.

²⁹ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁰ STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³¹ SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135–162.

³² STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 46.

crianças, o autor ainda acrescenta que dois critérios devem ser aplicados: primeiro, deve-se evitar a inoperância do ordenamento jurídico e, segundo, deve-se avaliar o risco na prática do ato. Assim, diante de um risco aceitável, conclui que “não há porque deixar de se criar capacidades de fato específicas, principalmente para deliberações tão pessoais quanto as que se toma na área do tratamento médico”.³³

Observa-se que, apesar das críticas que Stancioli e Silva fazem em relação ao critério etário estabelecido no Código Civil, os autores não distinguem capacidade mental (decisional) da capacidade jurídica e ainda sustentam o critério do entendimento enquanto definidor da capacidade de fato. Isso encontra-se em desacordo com o modelo de direitos humanos de capacidade jurídica. Além disso, os autores não explicam a partir de quais parâmetros a capacidade de entendimento será avaliada, ou seja, não fazem alusão aos instrumentos validados de avaliação da capacidade.³⁴

Assim, constata-se que a doutrina civilista ainda não incorporou o novo paradigma da capacidade jurídica inaugurado pela CDPD, permanecendo a declaração de incapacidade para todas aquelas pessoas que não possuam “discernimento”, situação que consubstancia um ato negatório de direitos humanos, na medida em que parte de conceito desprovido de respaldo científico e repleto de subjetivismo e estigmas em relação a determinados grupos populacionais, como as crianças

A atribuição do rótulo de incapaz a uma pessoa, sobretudo quando se trata de uma pessoa cuja maturidade encontra-se em desenvolvimento, acaba por constituir uma profecia “autorrealizável”, pois poucas (ou nenhuma) tentativas serão empregadas para aumentar a capacidade decisional da pessoa em relação às diferentes áreas da sua vida.³⁵

No que diz respeito à criança, sua capacidade decisional será desenvolvida se ela receber as oportunidades adequadas para participar do processo decisório. Pesquisas confirmam

³³ STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

³⁴ Para definir se uma pessoa tem capacidade mental, existem vários instrumentos avaliativos construídos por neurocientistas, médicos, psicólogos e juristas. Essas avaliações diferem conforme a decisão que irá ser tomada e suas dimensões: pessoais; cuidados em saúde; patrimoniais e financeiras. A título de exemplo, cita-se o teste MacCAT-T o mais utilizado em para a avaliação da capacidade mental em estudos internacionais; o Hopkins Competency Assessment Test destinado à realização de diretivas antecipadas na área da saúde; o Everyday Problem Test and the Independent Living Scales, utilizado para tarefas diárias; e outros como The Capacity Assessment Toolkit; The Six Step Capacity Assessment Process; Standardised Tests; The Two Stage Capacity Assessment Model; The Financial Capacity Assessment Model (ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018).

³⁵ PURSER, Kelly. *Capacity Assessment and the Law*. Gewerbestrasse: Springer International Publishing, 2017.

que o cérebro da criança está aberto às influências,³⁶ sendo o grande desafio dos adultos nutrir a curiosidade e a capacidade natural da criança para explorar o mundo das pessoas, das coisas e das ideias. Assim, a capacidade deve ser entendida como um conceito relacional e, no âmbito dos cuidados em saúde, isso significa que o comportamento dos pais, dos responsáveis legais e dos profissionais de saúde pode promover ou prejudicar a capacidade decisional da criança.

Neste tópico, foi demonstrado que, no âmbito do Direito Civil brasileiro, a capacidade é legalmente estabelecida com base em uma construção binária na qual existem apenas duas categorias de pessoas, as capazes e as incapazes. Essa construção, originária de um contexto de excessiva preocupação com a proteção do patrimônio, ainda é aplicável, produzindo efeitos negativos com relação à criança-paciente ao retirar-lhe a autonomia para decidir sobre seu próprio corpo. Percebe-se, dessa maneira, no que tange à capacidade, a necessidade de especificação dos seus domínios de aplicação e de uma releitura do instituto consoante o referencial dos Direitos Humanos, tema discutido no próximo tópico.

3. Modelo de direitos humanos da capacidade jurídica da criança: capacidades em evolução

O tema da capacidade jurídica a partir do referencial dos Direitos Humanos foi reformulado com o advento da CDPD que, em seu art. 12 (1) e (2), determina que os Estados Partes assegurem às pessoas com deficiência o direito de serem reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei e de gozarem da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Consoante o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,³⁷ a capacidade jurídica e a capacidade mental ou decisional são conceitos diferentes. A *capacidade jurídica* reúne a capacidade de ser titular de direitos e obrigações (capacidade legal) e a capacidade de exercer esses direitos e obrigações (legitimidade para agir ou agência legal), sendo um conceito decisivo para garantir a participação do indivíduo na sociedade. A *capacidade mental*, diferentemente, refere-se à capacidade para tomar

³⁶ RUHE, Katharina; et al. Decision-making capacity of children and adolescents — suggestions for advancing the concept's implementation in pediatric healthcare, *Eur J Pediatr*, Jun;174(6), 2015, p.775-782. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25425521/>>. Acesso em 12 abr 2022.

³⁷ UNITED NATIONS. *General comment No. 1 - Article 12: Equal recognition before the law*. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crpd/general-comments>>. Acesso em 12 abr 2022.

decisões e pode ser avaliada conforme as três abordagens: abordagem baseada no status; abordagem baseada no resultado e abordagem funcional.

Resumidamente, na abordagem baseada no status, a pessoa é declarada incapaz para a prática de quaisquer atos em função de uma condição específica, por exemplo, a idade; a deficiência ou a sua condição de saúde. A abordagem do status é a abordagem predominante no Direito brasileiro. Por sua vez, a abordagem baseada no resultado estabelece que quando a pessoa for submetida à avaliação, a depender do conteúdo da decisão, ela será considerada incapaz. Assim, uma decisão considerada irracional ou inapropriada pode acarretar a incapacidade da pessoa.³⁸ Finalmente, na abordagem funcional, a capacidade está diretamente ligada ao tipo de decisão a ser tomada, ao momento específico e ao contexto particular na qual a decisão se insere. Isso significa que o fato de uma pessoa ser considerada capaz para decidir sobre determinado assunto não impede que ela seja considerada incapaz para outro assunto e, da mesma forma, ainda que essa pessoa seja tida por capaz em determinado momento, poderá, em outra época, ser considerada incapaz.³⁹ Essa abordagem considera a capacidade como algo contínuo que pode ser promovido; isto é, a capacidade não é estática, ao contrário, pode ser modificada conforme a adoção de medidas promocionais.

De acordo com o Comitê Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, as três abordagens são incorretas, pois, por diferentes motivos, implicam a declaração de incapacidade da pessoa. Assim, o Comitê, reconhecendo a capacidade jurídica enquanto direito humano absoluto, propõe a substituição das três abordagens citadas (status, resultado e funcional) pela abordagem da tomada de decisão apoiada. Isso significa que não é mais aceitável o modelo da decisão substituta, porquanto se fundamenta na substituição da vontade e preferências da pessoa declarada incapaz, na medida em que quando essa ocorre viola-se a autonomia pessoal e o direito à autodeterminação da pessoa considerada incapaz.

Em relação às crianças, o modelo de capacidade jurídica é extraído do art. 5º CDC e do art. 3º (h) da CDPD que asseguram expressamente o respeito às capacidades evolutivas da criança nos diferentes contextos nos quais ela se encontra. O conceito de capacidades evolutivas corresponde ao reconhecimento da criança enquanto sujeito ativo em seu

³⁸ Cita-se, por exemplo, a prodigalidade que, embora não tenha definição clara, configura, segundo o Direito brasileiro, motivo para incapacitar aquele que gasta desordenadamente destoando de um ideal comportamental conforme o juízo de valor do magistrado.

³⁹ DONNELLY, Mary. *Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism*. New York: Cambridge University Press, 2010.

próprio desenvolvimento, conforme o desenrolar das suas capacidades. A ênfase é colocada nas habilidades da criança e não na idade como determinante ao exercício pessoal dos seus direitos humanos. Segundo o Comitê Sobre os Direitos da Criança, esse conceito refere-se aos processos de amadurecimento e de aprendizado por meio dos quais as crianças adquirem, progressivamente, conhecimento, competências e compreensão, em particular, a compreensão dos seus direitos e como eles podem ser realizados da melhor forma. Assim, o art. 5º da CDC conforme interpretação do Comitê:

contém o princípio de que os pais (e outros) têm a responsabilidade de ajustar continuamente os níveis de apoio e de orientação que oferecem a uma criança. Esses ajustes devem levar em consideração os interesses e desejos da criança, bem como suas habilidades para tomar decisões autônomas e para compreender os seus melhores interesses” (para.17).⁴⁰

Nesse sentido, as capacidades evolutivas aproximam-se do conceito de capacidade mental ou decisional, pois o artigo 5º da CDC reconhece que o fator preponderante para que a criança possa exercer seus direitos e se autodeterminar é a demonstração das habilidades necessárias para tanto. Isso implica a transferência progressiva das responsabilidades referentes às tomadas de decisão para a criança à medida que ela adquire as habilidades decisoriais requeridas, além de disposição para agir dessa forma.⁴¹

O conceito de capacidades evolutivas da criança foi objeto de estudo promovido pela UNICEF Innocenti Research Centre e pela organização sueca Save the Children, coordenado por Lansdown,⁴² que contou com o apoio de vários pesquisadores reconhecidos internacionalmente na área dos direitos da criança e do desenvolvimento infantil. Essa é a pesquisa mais completa sobre as capacidades evolutivas da criança que se tem até hoje, sendo inclusive citada pelo Comitê nos Comentários Gerais de número 7⁴³

⁴⁰ UNITED NATIONS. *General Comment No. 12. The right of the child to be heard*. CRC/C/GC/12, 2009. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁴¹ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁴² LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁴³ UNITED NATIONS. *General Comment 7: Implementing Child Rights in Early Childhood*. CRC/C/GC/7, 2005. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

e 12.⁴⁴ Dada à sua importância, este documento será utilizado para a compreensão do conceito.

Segundo a pesquisa de Lansdown,⁴⁵ a expressão “capacidades evolutivas” pode ser mais bem compreendida a partir de três perspectivas conceituais que evidenciam a obrigação tripartite dos Estados em matéria de direitos humanos: um conceito promocional do desenvolvimento da criança; um conceito participativo ou emancipatório; e um conceito protetivo.

Assim, em primeiro lugar, trata-se de um conceito promocional na medida em que reconhece o direito ao desenvolvimento das capacidades e da autonomia da criança através da realização de outros direitos consagrados na CDC, por exemplo, dos direitos assegurados nos arts. 23, 27, 28, 29 e 31 que, resumidamente, dizem respeito à educação, ao ambiente adequado de vida e ao lazer. Isso significa que Estados-partes têm a obrigação de promover o desenvolvimento cognitivo, social, emocional, físico e moral das crianças.

As crianças não são receptoras passivas do ambiente no qual estão inseridas, ao contrário, pesquisas sobre o desenvolvimento infantil, apontadas por Lansdown,⁴⁶ demonstraram que as crianças respondem aos estímulos provocados pelo ambiente, envolvendo-se ativamente de forma intencional até mesmo na primeira infância. Essas pesquisas, a partir dos estudos de Vygotsky, comprovaram que as habilidades das crianças são desenvolvidas de maneira mais efetiva através da interação com adultos e com outras crianças. No contexto dos cuidados em saúde com crianças, portanto, um modelo relacional de cuidado é desejável, pois pais e profissionais de saúde podem cooperar com o desenvolvimento das habilidades decisórias da criança, tornando o processo de tomada de decisão mais participativo e menos conflitante.⁴⁷

Em segundo lugar, a expressão “capacidades evolutivas” refere-se a um conceito participativo ou emancipatório, pois enfatiza o exercício dos direitos da criança em conformidade com suas habilidades decisórias, impondo aos Estados a obrigação de

⁴⁴ UNITED NATIONS. *General Comment No. 12. The right of the child to be heard*. CRC/C/GC/12, 2009. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁴⁵ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁴⁶ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁴⁷ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

respeitar esse exercício. Nessa perspectiva, há uma interrelação entre as capacidades evolutivas da criança e o seu direito à participação, consagrado no art. 12 da CDC, pois sua participação nos assuntos que a afetam é o instrumento através do qual ela é estimulada para desenvolver sua personalidade e suas capacidades evolutivas.⁴⁸

O art. 5º, conjuntamente com o art. 12 da CDC, altera o entendimento acerca da capacidade da criança para exercer seus direitos, pois não é necessário que ela alcance a maioridade (18 anos) para, a partir de então, começar a exercê-los. As crianças têm o direito ao apoio, ao incentivo e ao reconhecimento das suas habilidades para tomar decisões de acordo com sua vontade e preferências. Impõe-se, dessa forma, um ônus para os pais e para o Estado, pois devem permitir que a criança assuma progressivamente a responsabilidade pelas decisões sobre as quais elas demonstram estar aptas e dispostas a tomar.⁴⁹

Essa segunda perspectiva do conceito de capacidades evolutivas aproxima-se do conceito de capacidade mental, pois reconhece que as crianças detêm habilidades decisórias e essas, tal como ocorre com as habilidades decisórias dos adultos, diferem-se conforme a natureza da decisão, suas experiências pessoais e seu contexto sociocultural.⁵⁰

Partindo-se dessa premissa, no próximo item, a noção de capacidades evolutivas da criança será aplicada ao contexto dos cuidados em saúde, sendo feita uma análise da capacidade sanitária da criança, ou seja, da sua capacidade específica para tomar decisões na área da saúde.

4. Capacidade da criança para tomar decisões em saúde: a capacidade sanitária

Sob o enfoque do referencial dos Direitos Humanos, propõe-se que nas questões afetas à saúde seja considerada a avaliação da capacidade mental da criança de modo a atender o comando do art. 5º da CDC, que impõe o respeito às capacidades evolutivas da criança.

A capacidade sanitária é elemento central do consentimento informado e define-se pela presença de um certo número de habilidades, cognitivas, afetivas, volitivas, psicológicas;

⁴⁸ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁴⁹ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁵⁰ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

exigidas para a tomada de uma decisão concreta em um determinado momento. Essa capacidade, por ser específica e dependente do momento e do contexto no qual o paciente está inserido, não diz respeito à capacidade para tomar decisões sobre todos os aspectos da vida.⁵¹ Por exemplo, questões relacionadas às finanças ou à propriedade; de modo que é possível ser capaz para decidir sobre questões cotidianas e não o ser para decidir sobre questões relativas ao cuidado em saúde e o contrário também se revela possível. Isso se dá, pois, decisões distintas requerem habilidades diferentes, que podem ser cognitivas, funcionais ou uma combinação das duas funções.

Assim, considerando que a criança, na perspectiva dos direitos humanos não é considerada incapaz, mas detentora de capacidades evolutivas e que, no contexto dos cuidados em saúde, deve-se perquirir a capacidade do paciente para tomar decisões em saúde, a criança não poderá, de imediato, ser excluída do processo decisório sobre seus tratamentos.

A avaliação da capacidade da criança para tomar decisões em saúde traz consigo dificuldades em razão da ausência de instrumentos específicos aplicáveis a esse grupo populacional. No entanto, a despeito da escassez de testes validados, destaca-se o instrumento “*Children’s Competence in Decision-Making Scale*” (CCD-M), desenvolvido para avaliar a capacidade decisional das crianças submetidas a cuidados de saúde de longo prazo, em especial crianças portadoras de asma e crianças com diabetes tipo 1.⁵² Os resultados da pesquisa demonstraram que o instrumento é válido e confiável, podendo ser empregado por profissionais de saúde na avaliação da capacidade da criança para tomar decisões sobre seus cuidados. A partir de entrevistas semiestruturadas para explorar a forma como essa capacidade pode ser mensurada no processo de tomada de decisão em saúde, quatro aspectos foram ressaltados como primordiais: aquisição de informações, processamento de informações (ser capaz de entender o contexto e os resultados das decisões tomadas), consulta (ser capaz de solicitar mais informações ou ajuda para tomar uma decisão), exercício do julgamento (ser capaz de avaliar as opções e a credibilidade da fonte de informação e agir conforme, fazendo uma escolha ou confiando a tomada de decisão a outra pessoa).⁵³ Além do processo cognitivo formado pelos quatro aspectos mencionados, fatores relacionais também foram considerados

⁵¹ DONNELLY, Mary. *Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism*. New York: Cambridge University Press, 2010.

⁵² ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵³ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

relevantes para avaliar a capacidade decisional. Dentre esses fatores, destaca-se a motivação para voluntariamente engajar-se (ou não) no processo de tomada de decisão.

A escala CCD-M ao oferecer a possibilidade de avaliar a capacidade sanitária da criança contribui para práticas mais centradas no paciente e para um envolvimento que pode ser especificamente adaptado às necessidades da criança. Isso, por sua vez, pode impactar no autogerenciamento do tratamento, além de aumentar a adesão à terapêutica proposta. Atualmente, os esforços realizados em prol do envolvimento das crianças na tomada de decisões sobre seus cuidados em saúde são tokenísticos, ou seja, superficiais, aparentes, resultando na insatisfação da criança quanto ao cuidado oferecido.⁵⁴

Por se tratar de uma pesquisa publicada em setembro de 2019, para confirmar os resultados obtidos, novos estudos empregando o instrumento serão necessários. Assim, neste tópico, para tratar da capacidade sanitária da criança, será conferido especial atenção ao citado previamente neste estudo, o Instrumento de Avaliação de Competências MacArthur – MacCAT.

Embora o MacCAT seja um teste validado e usado especificamente para avaliação das habilidades decisoriais dos adultos, dois estudos recentes apontaram que esse instrumento também poderia ser validado e confiável para avaliação das habilidades decisoriais das crianças e dos adolescentes.⁵⁵ A primeira pesquisa, sobre um estudo comparativo das habilidades decisoriais de adolescentes com anorexia nervosa e adolescentes saudáveis para consentirem ao tratamento, concluiu que adolescentes com anorexia nervosa tendem a experimentar mais dificuldades para compreender sobre o tratamento do que os adolescentes saudáveis. A segunda pesquisa versou sobre o consentimento de crianças e adolescentes, entre 7 e 12 anos, diagnosticados com Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade para a pesquisa clínica e concluiu o MacCAT é uma ferramenta viável para avaliar a capacidade mental das crianças. A despeito deste segundo estudo ser sobre consentimento para pesquisa clínica e, ainda que haja peculiaridades entre o tratamento e a pesquisa, tendo em vista que os objetivos que orientam as condutas dos profissionais são diversos; é adequado o emprego dos parâmetros do MacCAT ao contexto da tomada de decisões sobre cuidados em saúde.⁵⁶

⁵⁴ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵⁵ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵⁶ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

Além disso, verifica-se certo consenso na literatura de que as quatro áreas de avaliação do MacCAT podem ser exploradas no campo dos cuidados em saúde das crianças.⁵⁷

De acordo com o MacCAT, quatro habilidades são geralmente aceitas como imprescindíveis para a determinação da capacidade decisória quais sejam: a) compreensão; b) raciocínio; c) apreciação d) comunicação da decisão (112). Assim, a primeira habilidade é a menos rigorosa e importa na comunicação da decisão e das preferências sobre o tratamento. A comunicação não verbal é aceita como uma indicação de dissidência ou de consentimento implícito, mas não como uma forma legal de consentimento.⁵⁸ Portanto, essa capacidade está relacionada principalmente ao desenvolvimento da linguagem verbal, que inicia na primeira infância. A partir dos 5 anos de idade, as crianças já têm uma compreensão razoável da linguagem.⁵⁹

Quanto à segunda habilidade, a criança precisa ser capaz de compreender as informações fornecidas sobre o tratamento proposto, as alternativas disponíveis e o fato de que uma escolha precisa ser feita. A compreensão, como explicam Grootens-Wiegers et al.,⁶⁰ requer uma combinação de habilidades neurológicas: primeiro é necessário ter inteligência e proficiência linguística para processar a informação; segundo, é preciso ser capaz de orientar e direcionar a atenção para a informação e, terceiro, para que a informação processada não seja guardada apenas em um curto período de tempo, é preciso ter habilidade para reter a informação, o que requer memória e recordação. A maturidade na orientação e na atenção às informações desenvolve-se em torno dos 7 aos 10 anos; a memória aumenta entre as idades de 6 e 12 anos e continua aumentando durante a adolescência; a habilidade de recordação aparece em crianças a partir dos 10 aos 12 anos, sendo semelhante à dos adultos.

A terceira habilidade diz respeito ao processo de construção racional requerido para a tomada de determinada decisão o que inclui a ponderação dos riscos, dos benefícios e

⁵⁷ ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵⁸ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁵⁹ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁶⁰ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

das possíveis consequências de determinado tratamento. Quanto a essa habilidade, consoante pesquisas apontadas por Grootens-Wiegers et al., crianças entre 6 e 8 anos já demonstram habilidade para raciocínio lógico; entre 8 e 11 anos de idade, as habilidades de raciocínio das crianças melhoram significativamente; o raciocínio complexo sobre relações causais alternativas demanda mais tempo para se desenvolver, tornando-se mais preciso na adolescência.

Por fim, a última habilidade diz respeito à apreciação sobre uma situação específica e significa que a criança compreende não apenas as várias opções disponíveis de tratamento, mas também a relevância dessas opções para seu contexto pessoal. Assim, para apreciar a situação e a relevância pessoal da decisão em questão, é preciso ter a habilidade para pensar abstratamente. Existem várias aptidões e diferentes áreas cerebrais envolvidas nesse grupo de habilidades. Segundo Grootens-Wiegers et al.,⁶¹ entre a idade dos 3 aos 4 anos, as crianças já começam a reconhecer suas próprias crenças e desejos, o que contribui para o desenvolvimento de normas e valores pessoais, e a entender como esses desejos influenciam sua ação, mas o surgimento dessa habilidade, de acordo com estudos apresentados por Kuther e Posada⁶² ocorrerá no final da infância e início da adolescência, ou seja, a partir dos 12 ou 13 anos. É nesse período que as crianças passam a raciocinar abstratamente sobre situações hipotéticas, múltiplas alternativas e consequências, bem como a combinar múltiplas variáveis de forma mais complexa e a examinar a informação de uma maneira sistemática e exaustiva.

Além de apresentarem a aplicação dos quatro requisitos do MacCAT ao contexto das crianças, Grootens-Wiegers et al.⁶³ apontam, a partir de pesquisas recentes na área da neurociência, o impacto do desenvolvimento de estruturas cerebrais na capacidade de tomada de decisão das crianças. Assim, explicam que as mudanças mais significativas no cérebro ocorrem a partir dos 12 anos de idade e estão associadas com o processamento de recompensas e riscos, autorregulação, e o efeito dos pares na tomada de decisão.

⁶¹ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁶² KUTHER, Tara L.; POSADA, Margarita. Children and adolescents' capacity to provide informed consent for participation in research. *Advances in psychology research*, v. 32, fev., p. 161–171, 2004. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16986221/>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁶³ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

Os adolescentes são os mais propensos a tomar decisões arriscadas e impulsivas, estando isso associado, principalmente, a dois sistemas cerebrais: o córtex pré-frontal, que é a última área do cérebro a se desenvolver e a responsável pelo sistema de controle; e o estriado ventral, o sistema de recompensa. O desenvolvimento dos sistemas de controle e de recompensa não segue um padrão linear e o cruzamento entre esses sistemas, associado à regulação das emoções, não estará totalmente desenvolvido até o início da vida adulta. Isso significa que, mesmo que um adolescente possa ter maturidade intelectual, não terá necessariamente maturidade emocional e social. Esse desenvolvimento não-linear explica as decisões de risco frequentemente observadas em adolescentes, como beber em excesso ou dirigir alcoolizado. Isso não quer dizer que os adolescentes sejam incapazes de estimar riscos ou de tomar decisões responsáveis. De acordo com as pesquisas trazidas por Grootens-Wiegers et al.⁶⁴ a capacidade de tomada de decisão dos adolescentes é semelhante à dos adultos e essa capacidade torna-se mais evidente a partir dos 14 anos. No entanto, os adolescentes adotam um comportamento inconsistente com suas habilidades decisórias em situações precárias, arriscadas e de forte influência emocional.

Essa inconsistência pode ser explicada através da distinção entre contextos "quentes" e "frios". Um contexto é considerado "quente" quando as emoções desempenham um papel preponderante na situação, influenciando significativamente o processo decisório e o resultado. Diferentemente, um contexto "frio" diz respeito às decisões que não envolvem as emoções ou que são apenas minimamente influenciadas pelas emoções. Embora não exista uma lista predefinida das situações que são "quentes" ou "frias", variando a percepção conforme o indivíduo, Grootens-Wiegers et al.⁶⁵ apontam que a presença dos pares altera as emoções dos adolescentes de modo que decisões tomadas na presença de outros adolescentes são substancialmente diferentes das decisões tomadas individualmente.

Assim, os adolescentes são mais propensos à tomada de decisões de alto risco, especialmente quando estão com seus colegas. Em geral, as decisões sobre cuidados em saúde podem ser consideradas "frias", pois é possível minimizar as influências emocionais e sociais sobre o julgamento e, nesse contexto, as habilidades decisórias dos adolescentes a partir dos 14 anos não diferem das habilidades dos adultos. No entanto,

⁶⁴ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p.1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁶⁵ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma, BROEK, Jos M. Van Den, VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p.1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

fora do consultório, o adolescente pode se deparar com “contextos quentes” e, considerando que seu cérebro não está maduro suficiente para controlar impulsos e evitar decisões arriscadas, seu comportamento poderá contrariar a decisão externada dentro do consultório, principalmente quando envolver tratamento continuado. Assim, no exemplo trazido por Grootens-Wiegers et al.,⁶⁶ um adolescente com diabetes pode estar muito ciente dos benefícios de uma dieta regular e estruturada e discutir isso de forma inteligente em um ambiente hospitalar, decidindo adotar uma alimentação conforme exigido pelo seu estado de saúde. No entanto, viver de acordo com o padrão de tratamento proposto e consentido pode ser muito mais difícil quando esse mesmo adolescente está com um grupo de amigos que decide ignorar a aula e sair para comer um lanche. Agora, o contexto da decisão se transformou em uma “situação quente”, excitante, e esse adolescente, influenciado por seus pares, poderá tomar uma decisão muito diferente daquela comunicada no consultório.

Observa-se, dessa forma, que em se tratando de tratamentos continuados e de longo prazo, os adolescentes podem demonstrar habilidades aparentemente diminuídas para decisões consideradas responsáveis, pois as recompensas de curto prazo (comer um lanche com os amigos, por exemplo) podem se tornar mais importantes do que as recompensas a longo prazo, ainda que a escolha pela recompensa imediata represente uma perda a longo prazo.

Diante das pesquisas trazidas por Grootens-Wiegers et al.,⁶⁷ nota-se o quão complicado é identificar uma certa idade em que uma criança deve ser considerada plenamente capaz para tomar decisões sobre cuidados em saúde. Não obstante, os autores, a partir da apresentação dos quatro requisitos constantes do MacCAT, e das pesquisas sobre o desenvolvimento do cérebro, concluem que crianças a partir dos 12 anos já possuem as habilidades necessárias para tomar decisões médicas.

Os resultados dessa pesquisa não prescrevem como a ética ou o direito devem lidar com as crianças no contexto dos cuidados em saúde, mas tais dados podem ajudar a delinear o tratamento legal do consentimento informado das crianças que seja compatível com o respeito das suas habilidades decisórias, em suma, com suas capacidades evolutivas.

⁶⁶ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma; BROEK, Jos M. Van Den; VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p.1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

⁶⁷ GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma; BROEK, Jos M. Van Den; VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p.1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

5. Considerações finais

O modelo de capacidade jurídica instituído pelo Código Civil brasileiro foi construído com o objetivo de proteger o patrimônio e bens pessoais, estando restrito à celebração de negócios jurídicos. Esse modelo não teve como fundamento a dignidade humana, a autonomia pessoal, a não discriminação e outras prescrições de direitos humanos como seus norteadores. Diante disso, neste artigo foi sustentada a aplicação do modelo de direitos humanos da capacidade jurídica no contexto dos cuidados em saúde da criança, pois a questão relevante não é se a criança tem capacidade em geral, mas se é capaz de tomar uma decisão específica no âmbito da saúde, o que requer uma avaliação das suas habilidades decisórias a partir de instrumentos validados.

No modelo de direitos humanos, a compreensão da capacidade decisória da criança dá-se, consoante o art. 5º da CDC, a partir do conceito capacidades evolutivas que reconhece ser o fator preponderante para que a criança possa exercer seus direitos e se autodeterminar a demonstração das habilidades necessárias para tanto. O direito da criança à consideração das suas capacidades evolutivas, no âmbito dos cuidados em saúde, implica no respeito à sua capacidade sanitária. Neste contexto, a interpretação dos melhores interesses da criança deverá ser conforme a sua capacidade sanitária, não podendo os pais e os profissionais de saúde desprezarem suas habilidades decisórias. Portanto, torna-se inaceitável a mera invocação da incapacidade civil (arts. 3º e 4º do Código Civil) para excluir a criança do processo de tomada de decisão em saúde.

Conclui-se que a consideração pela capacidade sanitária da criança corresponde a um avanço para tratar as especificidades do seu cuidado terapêutico. O respeito por essa capacidade significa que suas habilidades decisórias não podem ser ignoradas pelos profissionais de saúde durante o processo decisório, ao contrário, uma vez que a criança reúne aptidões que comprovam a sua capacidade para consentir, sua decisão, a princípio, deverá ser acatada.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico normativo. *Revista de Bioética Y Derecho*, n. 43, 2018, p. 193-209.
- BORQUEZ E, Gladys et al. La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal. *Rev. méd. Chile*, Santiago, v. 135, n. 9, p. 1153-1159, sept. 2007.
- BRIERLEY, Joe; LARCHER, Victor. Adolescent autonomy revisited: clinicians need clearer guidance. *J Med Ethics*, n. 42, 2016, p. 482-485.

COYNE, Imelda; AMORY, Aislinn; KIERNAN, Gemma; GIBSON, Faith. Children's participation in shared decision-making: Children, adolescents, parents and healthcare professionals' perspectives and experiences. *Eur J Oncol Nurs*. Elsevier Ltd; 18(3), 2014, p. 273–280.

DONNELLY, Mary. *Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism*. New York: Cambridge University Press, 2010.

ELER, Kalline. *Capacidade jurídica da criança e do adolescente na saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

GABE, Jonathan; OLUMIDE, Gillian; BURY, Michael. "It takes three to tango": a framework for understanding patient partnership in pediatric clinics. *Soc Sci Med*. Sep;59(5), 2004, p. 1071–1079.

GROOTENS-WIEGERS, Petronella; HEIN, Irma; BROEK, Jos M. Van Den; VRIES, Martine. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC Pediatrics*, 2017, p. 1–10. Disponível em: <<https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x#citeas>>. Acesso em 12 abr 2022.

KUTHER, Tara L.; POSADA, Margarita. Children and adolescents' capacity to provide informed consent for participation in research. *Advances in psychology research*, v. 32, fev., p. 161–171, 2004. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16986221/>>. Acesso em 12 abr 2022.

LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Quaestio Iuris*, 9(3), 2016, p. 1545–1558.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

UNITED NATIONS. *General comment No. 1 - Article 12: Equal recognition before the law*. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crpd/general-comments>>. Acesso em 12 abr 2022.

UNITED NATIONS. *General Comment 7: Implementing Child Rights in Early Childhood*. CRC/C/GC/7, 2005. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

UNITED NATIONS. *General Comment No. 12. The right of the child to be heard*. CRC/C/GC/12, 2009. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>>. Acesso em 12 abr 2022.

Como citar:

ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/da-incapacidade-civil-as-capacidades/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

12.4.2022

Aprovado em:

28.10.2022