

O direito fundamental de participação da criança e a tarefa complexa de avaliar capacidades em evolução

Yasmin Rodrigues FARIA¹
Gustavo Pereira Leite RIBEIRO²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo explorar a importância da efetivação do direito de participação da criança, positivado pelo texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. É também um objetivo analisar criticamente os sistemas de participação delineados pela literatura e adotados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. Para a consecução desses objetivos, importa a análise do conceito de evolução de capacidades, evidenciando a complexidade da aferição da capacidade, em especial quando esta tarefa se propõe como de responsabilidade exclusiva do operador do direito, sem se apoiar na interdisciplinaridade.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Direito de participação. Evolução de capacidades.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A condição jurídica da criança. 3. As características do direito de participação da criança. 3.1. O que é participação? 3.2. Em quais situações a participação poderá se concretizar? 3.2.1 Dos requisitos objetivos. 3.2.2. Dos requisitos subjetivos. 3.3. De que modo a participação deve se dar? 4. A implementação do direito de participação e o conceito de “evolução de capacidades” adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: sistemas de participação. 5. A tarefa complexa de estabelecer critério jurídicos de avaliação da “evolução de capacidades”: uma análise crítica dos sistemas de participação apresentados. 5.1. Avaliação das capacidade em evolução: entraves e soluções. 6. A importância de se dar efetividade ao direito fundamental de participação. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas

¹ Graduanda pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Membro do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq).

² Mestre (2004) e Doutor (2010) em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Líder do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq)

TITLE: Child participation and the complex task of evaluating capability evolution

ABSTRACT: *The aim of this paper is to explore the importance of the realization of the right of child participation, affirmed by the text of the International Convention on the Rights of the Child. It is also an objective to critically analyze the participatory systems outlined in the literature and adopted by Western legal systems. In order to achieve these objectives, it is important to analyze the concept of capacity evolution, highlighting the complexity of capacity measurement, especially when this task is the sole responsibility of the legal operator, without relying on interdisciplinarity.*

KEYWORDS: *Child. Child participation. Capability evolution.*

SUMMARY: *1. Introduction. 2. The legal condition of the child. 3. Characteristics of the right of participation of the child 3.1. What is participation? 3.2. In what situations can participation take place? 3.2.1 Objective requirements. 3.2.2. Subjective requirements. 3.3. How should participation take place? 4. The implementation of the right to participate and the concept of “capacity building” adopted by the International Convention on the Rights of the Child: systems of participation. 5. The complex task of establishing legal criteria for assessing “evolution of capabilities”: a critical analysis of the participatory systems presented. 5.1. Assessment of evolving capacity: barriers and solutions. 6. The importance of giving effect to the fundamental right of participation. 7. Final Considerations. 8. References*

1. Introdução

A promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no ano de 1989, foi um grande marco de mudança paradigmática na seara do Direito da Criança, delineando o que se consolidou enquanto doutrina da proteção integral. Entre as disposições mais relevantes que o tratado traz, destaca-se o direito fundamental de participação da criança, inaugurado e positivado pelo artigo 12 do documento. O status de direito fundamental acompanha o direito de participação na medida em que este se estabelece como um direito cujo exercício é imprescindível para a efetivação de todos os demais direitos da pessoa humana em desenvolvimento de suas faculdades.

Nesse sentido, em um primeiro momento, torna-se interessante resgatar as origens da condição jurídica sustentada pelas crianças, em especial no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque a tratativa da infância pelos sistemas jurídicos ocidentais sofreu drásticas mudanças ao longo do último século. Caberá, ainda, dissertar acerca do direito

de participação, explicitando as suas características que nos permitem conhecê-lo e dimensionar sua importância estratégica.

Adiante, será a vez de explorar o conceito de evolução de capacidades adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, compreendendo de que modo este conceito impacta o exercício do direito de participação e, conseqüentemente, os sistemas de participação. Buscar-se-á construir uma análise crítica aos sistemas de participação apresentados pela literatura e aos seus respectivos moldes de aferição de capacidades.

Por fim, será necessário abordar os entraves que se apresentam à efetivação do direito de participação, com destaque para o que se relaciona à dificuldade de aferir capacidades em evolução. Resgatar a importância de se dar efetividade ao direito fundamental de participação das crianças também se torna um objetivo relevante do presente trabalho.

2. A condição jurídica da criança

Às crianças, para os fins deste trabalho consideradas como toda pessoa humana com menos de dezoito anos de idade, é reservada a garantia de seus direitos fundamentais em prioridade absoluta. A doutrina da proteção integral assegura que todas as pessoas em desenvolvimento sejam destinatárias de mecanismos de efetivação dos direitos básicos, por intermédio de uma legislação especial. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que se consolidou sobre as bases desta doutrina, garante em suas disposições que todas as crianças possam crescer e desenvolver suas faculdades sob as melhores condições possíveis, imunes a qualquer gênero de violação de direitos, violência e ameaça à dignidade da pessoa humana.

A condição jurídica hodiernamente sustentada pelas crianças distancia-se da tratativa a elas direcionada no passado, em que invariavelmente não lhes era garantido o status de sujeitos de direito. Historicamente, no mundo ocidental, as crianças foram concebidas como seres passivos, destinatários da ação dos adultos, sem opinião ou vontade própria (SANCHES, 2015, p. 10). Assim, por muito tempo, ocuparam espaços marginais nas legislações e sistemas jurídicos, na medida em que eram consideradas como mero objeto de proteção estatal e paternal. As crianças somente ascenderam à condição de sujeitos de direitos com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, posteriormente, da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959).

Para compreender o paradigma da proteção integral que hoje sustenta toda a sistemática do direito da criança no país, é imprescindível buscar a sua origem. No Brasil, o legislador passou a refletir sobre a situação das crianças e a conceber que essas pessoas necessitavam de um tratamento jurídico distinto a partir da vigência do Código Beviláqua, em 1916, e, principalmente, por meio do Decreto nº 17.943-A de 1927, conhecido como Código de Menores (LIMA et al., 2017, p. 318). Àquela época, porém, o tratamento jurídico dispensado às crianças ainda era bastante diverso do atual.

Com o Código de Menores, fundou-se a doutrina da situação irregular. A sistemática inaugurada adotava um preceito correccional, tendo por finalidade a regulamentação da infância carente ou delinquente. Em outras palavras, com o referido diploma não se buscava verdadeiramente amparar a infância e a juventude, atribuindo aos seus representantes direitos e garantias, mas tão somente assegurar que os sujeitos desviantes não comprometessem a ordem social. Desta característica do sistema advém a ideia de situação irregular da criança, que deveria ser combatida e revertida a todo o custo. Como explicita Andréa Rodrigues AMIN (2016b, pp. 49), a doutrina da situação irregular inaugurou verdadeira fase de criminalização da infância pobre e delineou-se mediante a existência de uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger as crianças, mesmo que para isso precisasse suprimir suas garantias.

A competência jurisdicional para atuar nas situações em que as crianças enquadravam-se no binômio carência-delinquência ficou a cargo dos Juízes de Menores, sendo que estes acumulavam as funções jurisdicional e administrativa. Em regra, a tutela da infância nesse momento histórico caracterizava-se pelo regime de internações com quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais (AMIN, 2016b, p. 49-50). Todas as demais questões que envolvessem a temática crianças (como guarda, adoção, pátrio poder e administração de seus bens) eram regidas pelo Código Civil e atribuída à Vara de Família.

O Código Civil de 1916, na tratativa das crianças, perpetuou as disposições da Resolução de 31 de outubro de 1831, que fixava a cessação da menoridade e a aquisição da capacidade civil aos 21 anos. Assim, o diploma legal civil considerava os menores de 16 anos absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 5, I); e relativamente incapazes a certos atos, ou à maneira de exercê-los, os maiores de 16 anos e menores de 21 anos (art. 6º, I). As crianças, então, ficavam sujeitas ao instituto do pátrio poder que, como elucida Caio Mário da Silva PEREIRA (2017, p. 514-515), trata-se de tradição herdada do direito das Ordenações, o qual adotou a sistemática romana,

com o poder conferido exclusivamente ao pai de dirigir a educação do filho, fixar sua condição e administrar seu patrimônio. Da herança romana, portanto, advêm os traços do pátrio poder de atribuição à figura do pai de soberania sobre os filhos, constituindo-se o referido instituto como um dispositivo que privilegiava a atribuição de direitos daquele sobre estes.

A mudança de paradigma na tratativa jurídica da temática da criança se deu, no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988. A adoção da Doutrina da Proteção Integral surgiu como um caminho natural da nova ordem constitucional democrática e garantista, que se amparou no princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Para o desenvolvimento da sistemática, o constituinte contou também com a influência de diversos documentos internacionais. Entre eles, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada no ano de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que inaugurou a nova ordem no cenário internacional, e, sucedendo-a, a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, no ano de 1989. No ano de 1990, por meio do decreto nº 99.710 de 21 de novembro, o Congresso Nacional brasileiro ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e, no mesmo ano, promulgou a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo texto explorou os compromissos firmados no referido documento.

A doutrina da proteção integral da criança materializa-se na ampla tutela da infância e da juventude e este é o primeiro fator que a distancia da doutrina da situação irregular. Todas as crianças passam a ser sujeitos de direitos e garantias que a nova ordem lhes consagra. A proteção jurídica torna-se universal e não mais seletiva ou direcionada exclusivamente às crianças em situação de delinquência e carência. Nesse sentido, o art. 227 da Constituição da República de 1988 atribui à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade comum e compartilhada de assegurar à criança uma série de direitos, como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Código Civil de 2002 também adaptou-se à nova lógica, a começar pela substituição do termo pátrio poder pelo termo poder familiar, mudança condizente com a nova configuração que o instituto adquiriu pelas transformações ocorridas nas relações familiares, em especial promovidas pela ascensão da isonomia entre os cônjuges e pela valorização da pessoa do filho. O instituto do poder familiar abandona a antiga concepção de conjunto de direitos dos pais sobre os filhos e, nessa linha, Ana Carolina Brochado TEIXEIRA (2017, p. 226) sustenta ser mais adequada a adoção da

nomenclatura autoridade parental, por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estruturação biopsíquica adequada. Também como novidade do diploma civil na seara, alterou-se a idade marco para a maioridade civil e, assim, consideram-se relativamente capazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos (art. 4º, I).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que se encarregou de desenvolver ao máximo as potencialidades do direito da criança, enuncia a que veio logo em suas disposições preliminares. O art. 1º explicita que “esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Deste modo, a doutrina da proteção integral é anunciada como preceito do Estatuto. O art. 3º do mesmo diploma garante que todas as crianças, sem qualquer discriminação, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Por sua vez, o art. 4º reafirma o disposto no art. 227 da Constituição da República de 1988, atribuindo o dever de zelar pelas garantias fundamentais da criança concomitantemente à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público, e com absoluta prioridade, visto a condição especial de sujeito em desenvolvimento de suas faculdades e personalidade.

Assim, consolidou-se um paradigma em que se atribui primazia e prioridade às pessoas sob a tutela do Estatuto - quais sejam, todas aquelas até os dezoito anos de idade - para receberem proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como para serem atendidas pelos serviços públicos e preferência para serem destinatárias da formulação e execução de políticas públicas. O ECA, para além da missão de atribuir e garantir direitos, também trata de especificidades de institutos já delineados pelo Código Civil e imprescindíveis para a proteção da criança, a exemplo da guarda, da tutela e da adoção, sendo que todos eles articulam-se sobre o primado do melhor interesse da criança.

A partir do art. 98, o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a dispor sobre o que denominou medidas de proteção, sendo estas mecanismos a serem acionados todas as vezes que a criança encontrar-se em situação de vulnerabilidade decorrente da violação ou do risco de violação de seus direitos fundamentais. Neste aspecto, o ECA evolui em relação à forma com que a doutrina da situação irregular tratava do mesmo tema, ao passo que, com a aplicação das medidas de proteção, busca zelar pelo melhor interesse da criança em situação de risco e não tão somente adotar práticas correccionais, aos moldes da antiga doutrina.

Com a positivação de direitos fundamentais das crianças, por meio de dispositivos constitucionais e estatutários, passou-se a evidenciar garantias que, embora já presumidas – visto que as crianças são pessoas humanas e, portanto, destinatárias de direitos e dignidade humana como qualquer adulto – necessitavam de destaque.

A enunciação do direito à vida e à saúde – art. 7º e ss. do ECA – reconheceu a necessidade da elaboração de políticas públicas que propiciem às crianças um crescimento sadio, garantindo-lhes os estímulos adequados para o seu desenvolvimento físico e psíquico. Especialmente porque admite-se que as crianças necessitam de atenção à saúde diferenciada daquela direcionada aos adultos. O ECA garante que, desde a sua gestação, a pessoa tenha acesso ao suporte de saúde, por meio do reconhecimento do direito da mãe de integrar programas públicos de acompanhamento pré-natal.

Com o direito à educação – art. 53 e ss. do ECA – atribui-se à criança a garantia de igualdade de condições de acesso e permanência nas escolas, bem como o acesso à educação gratuita de qualidade e, inclusive, o direito de contestar critérios avaliativos e de participar da organização de entidades estudantis. Privilegiou-se o direito à educação em razão da imprescindibilidade da concretização deste para que as crianças desenvolvam suas faculdades e habilidades intelectuais, permitindo que gradualmente se qualifiquem para o trabalho e, fundamentalmente, exerçam sua cidadania.

Os direitos da criança à liberdade e ao respeito – art. 15 e ss. do ECA – também foram eleitos como direitos fundamentais. A garantia de liberdade compreende desde o direito de ir e vir, de opinar e se expressar, até o direito de participar ativamente da vida familiar, comunitária e política. Esses direitos, em específico, sempre foram muito caros às crianças, porque a negligência à externalização de seus sentimentos e convicções sempre esteve muito atrelada ao exercício da autoridade parental. Quanto ao direito ao respeito, o art. 17 do ECA definiu-o como a garantia da inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Percebe-se que o ECA, ao atribuir direitos aos seus destinatários e no intuito de fornecer ferramentas à efetivação desses direitos, também incentiva a promoção de políticas públicas e a atuação direta da criança, a quem é reconhecida, em vários detalhes, a condição de sujeito ativo. Porém, políticas públicas apenas produzirão resultados efetivos se, na sua elaboração, considerarem os aspectos-chave da infância, a exemplo da observância de quais são os contornos do fenômeno da infância naquela comunidade e

de quais são as prioridades e pretensões daquele grupo de crianças, tendo a ciência de que somente as próprias crianças são capazes de identificar o que lhes é mais adequado. Neste ponto é que o direito de participação – enunciado autonomamente pela primeira vez na Convenção Internacional dos Direitos da Criança – eleva-se ao status de direito fundamental e de princípio para a orientação de toda a seara dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Não faz sentido que o direito das (e para as) crianças seja construído unilateralmente por adultos e sob o seu prisma. Para que esse direito funcione, é necessário que ele atenda aos anseios intrínsecos de seus titulares que, por sua vez, só serão revelados por meio da consulta e da construção compartilhada. A participação das crianças é, portanto, a ferramenta que alinha suas necessidades e especificidades à garantia de seus próprios direitos. Sobre o direito fundamental de participação da criança no processo decisório dos assuntos que lhe dizem respeito, disposto no artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, é que o presente trabalho trata, reconhecendo sua importância ímpar como pressuposto para o exercício de todos os demais direitos das pessoas humanas em desenvolvimento.

3. As características do direito de participação da criança

O artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças inaugura na ordem internacional o dever dos Estados Partes assegurarem à criança o direito de participação. A redação do artigo é sistematizada em duas partes. A primeira delas introduz o novo direito e a segunda exemplifica situações em que a participação se concretizará por meio da oportunidade de fala:

1. 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. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990).

O Comitê para os Direitos da Criança³, por meio do seu comentário geral de nº 12, cujo objeto é justamente o direito de participação, elege o conteúdo do artigo 12 como uma das disposições mais relevantes de toda a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, sendo que, para o referido Comitê, este artigo compõe a lista dos quatro princípios gerais⁴ de todo o texto do documento (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 5). Isto porque o artigo assume e reafirma a criança na condição de sujeito de direito, cidadã e, sobretudo, como protagonista de sua própria vida, abandonando a arraigada tradição de atribuir-lhe papel de espectadora e destinatária passiva das ações e decisões dos adultos detentores da autoridade parental ou da responsabilidade legal.

Segundo Marta Santos PAIS (2000, pp. 93-94), ex-diretora da Divisão de Avaliação, Política e Planejamento da Unicef, com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, reconheceu-se a necessidade de construir as soluções *com* as crianças, considerando suas perspectivas sobre a realidade em que as decisões serão de fato implementadas. Ela ainda acrescenta que, com este advento, estabeleceram-se padrões de modificação na relação entre crianças e adultos, especialmente porque a atuação dos pais, professores e cuidadores evoluiu do papel de provedores e protetores para o de negociadores e facilitadores.

O direito de participação é a ferramenta para que todos os demais direitos, expressos ou não na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, sejam exercidos pelos seus titulares. Por esse motivo, além de receber status de direito fundamental, a participação da criança atua como princípio que deve orientar todo o processo de observação e interpretação de direitos e realização dos deveres assumidos pelos Estados Partes no ato da ratificação do texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Nesse sentido, observam Gustavo Pereira Leite RIBEIRO e Luciana Fernandes BERLINI (2017, p. 128-129):

Ousamos afirmar que todas as disposições jurídicas que interessam às crianças, com destaque para aquelas constantes no Código Civil, devem ser interpretadas e aplicadas em função do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Inobstante a acalorada discussão doutrinária e

³ O estabelecimento do Comitê para os Direitos da Criança foi previsto no art. 43 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, a fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes com a ratificação da Convenção. Em suma, as atividades assumidas pelo Comitê abrangem a análise dos relatórios periódicos apresentados pelos Estados Partes, a eventual solicitação de informações complementares e a apresentação de suas considerações finais sobre os relatórios.

⁴ Para o Comitê para os Direitos da Criança, são quatro os princípios gerais da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças: a) princípio da não discriminação (art. 2); b) interesse superior do menor (art. 3); c) direito à vida e ao desenvolvimento (art. 6); d) direito à participação e a ser escutado (art.12). (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p.5)

jurisprudencial sobre a índole das normas jurídicas decorrentes de tratados de direitos humanos – supralegal ou constitucional, parecidos que a Convenção sobre Direitos da Criança deve conformar as disposições do Código Civil, especialmente no que diz respeito à delimitação do sentido de incapacidade de agir em razão da menoridade e da função e do alcance do poder familiar.

A enunciação do direito de participação constituiu-se como verdadeiro divisor de águas na seara dos direitos da criança, efetivando e tomando a sério o paradigma da proteção integral. Como todo marco que rompe com uma determinada lógica há muito sustentada, a implementação e o exercício do direito de participação exigem estímulo e dedicação constantes para que se tornem uma realidade palpável. A disposição de cunho geral apresentada pelo artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças demanda dos Estados Partes que empreendam esforços legislativos na regulamentação específica da participação. Entretanto, o cenário que se materializa hodiernamente distancia-se consideravelmente da estratégia traçada pelo referido tratado.

Para promover o direito de participação, é pressuposto necessário conhecê-lo e estabelecer seus contornos, tarefa da qual os ordenamentos internos dos Estados Partes têm invariavelmente se absterido. Nesse ensejo pretende-se, a seguir, pontualmente analisar as características do direito de participação da criança, por meio das respostas a três questões simples: o que é participação? Em quais situações a participação poderá se concretizar? De que modo a participação deve se dar?

3.1. O que é participação?

A partir da leitura do artigo 12 não é possível identificar o termo participação. O que a disposição atribui à criança é “o direito de expressar suas opiniões livremente” e a “oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma”. No comentário geral nº 12, redigido no ano de 2009 pelo Comitê para os Direitos das Crianças (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 5), explicita-se que o termo participação é a denominação geral comumente atribuída ao processo de troca de informações e diálogo permanente que se estabelece entre crianças e adultos com o fim de que as crianças possam compreender a conjugação de suas opiniões e a dos adultos como resultado dos processos de tomada de decisão.

Desta forma, o ato de expressar livremente suas opiniões e de ser escutada em todo processo judicial ou administrativo que a afete são mecanismos que compõem o processo

de participação da criança. Neste aspecto, faz-se pertinente a análise detida de cada um desses dois núcleos que em conjunto integram o direito de participação.

A parte número 1 do artigo 12 diz que:

1. 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. (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990).

Por direito de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos que lhes são relacionados compreende-se o espaço que deve ser proporcionado às crianças para que possam manifestar suas opiniões, libertas de qualquer pressão ou inconveniente que as impeçam de se expressar genuinamente. Estas oportunidades devem ser estimuladas pelos adultos, que também são responsáveis por arquitetar ambiente propício para o exercício desse direito, tanto na dimensão individual de cada criança quanto na dimensão comunitária.

Como bem observa Marta Santos PAIS (2000, p. 94-95), a princípio, a primeira parte do artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças parece-nos uma simples reafirmação do direito à liberdade de expressão. No entanto, a disposição transcende ao acrescentar que as opiniões expressadas pelas crianças deverão ser devidamente levadas em consideração, em função de sua idade e maturidade. Para ela, levar em consideração as opiniões emitidas pelas crianças significa que elas não serão ignoradas quando se expressam, porém não quer dizer que toda e qualquer opinião que emitam será simplesmente acatada.

Em síntese, garantir às crianças o direito de expressar suas opiniões não compreende tão somente permitir que elas se manifestem, mas inclui, fundamentalmente, que os adultos ponderem estas opiniões durante o processo de resolução compartilhada da situação problema em questão, no sentido de dar-lhes aplicabilidade na maior medida possível.

É importante, também, que o ato da criança expressar sua opinião não configure um ato isolado de participação. Participar é um processo contínuo de intercâmbio entre crianças e adultos e envolve, em primeiro lugar, que a criança disponha de acesso a toda informação necessária para formular sua opinião. Logo em seguida, que tenha a oportunidade de livremente se expressar, transmitindo o ponto de vista e a experiência de quem é de fato o protagonista da situação-problema a ser solucionada.

Por fim, abarca o direito de ser comunicada sobre as razões da decisão eleita, de ser esclarecida do porquê teve ou não sua opinião acolhida e em que medida.

Adiante, em sua segunda parte, o artigo 12 dispõe que:

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990).

Ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete significa que deverá ser garantida à criança a oportunidade legal de falar – não somente em ambientes judiciais ou formais – mas como uma espécie de ferramenta para a expressão de suas opiniões e concretização da participação.

Segundo o estudo sobre a escuta e o interesse superior da criança, realizado por *el Defensor del Pueblo de España*⁵, o direito de ser ouvido tem uma dimensão individual. O referido instituto, que compõe alto comissionado das Cortes Generales da Espanha, e é encarregado de defender os direitos fundamentais e as liberdades públicas dos cidadãos, supervisionando as atividades da Administração Pública espanhola, dispõe que dar-se-á à criança de forma individualizada e particular a oportunidade de ser escutada (2014, p. 13-14). Além do mais, a escuta deverá ser proporcionada em todos os âmbitos que a participação se faça adequada, o que é traduzido pela expressão “em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma” contida no artigo 12.

Importante destacar que o direito de ser escutada não é, definitivamente, sinônimo de dever de falar, o que quer dizer que a criança deverá sentir-se confortável ao dar o seu depoimento. Neste sentido, é imprescindível que o procedimento de escuta seja acessível e apropriado à criança e que, para isso, o ambiente de fala (especialmente quando se trata dos casos de falar em processos judiciais) não seja intimidador. É preciso que o espaço

⁵ Informações disponíveis em <<https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>> Acesso em: 27 out. 2019. O “*Estudio sobre la escucha y el interes superior del menor*” promovido pelo *Defensor del Pueblo de España*, justifica-se no contexto do comentário geral nº 2 do Comitê para os Direitos das Criança, que atribui às instituições nacionais dos Estados Parte responsáveis pela promoção dos direitos humanos a tarefa de preparar e publicar opiniões, recomendações e relatórios sobre qualquer assunto relacionado à promoção e proteção dos direitos da criança (CG nº2, art. 2, §19 c). Além do mais, o referido estudo também está enquadrado nas funções atribuídas pela Lei Orgânica espanhola 3/1981, de 6 de abril, ao *Defensor del Pueblo*, e que lhe permitem elaborar estudos e formular recomendações sobre as questões em que considera haver o risco de violações dos direitos humanos. (DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, 2014, p. 10)

seja adaptado para adequadamente receber a criança, assemelhando-se o menos possível com um ambiente formal forense.

3.2. Em quais situações a participação poderá se concretizar?

Depois de explorado o conceito do direito de participação, faz-se necessário identificar quais são as situações em que este deverá ser exercido pela criança. A princípio, os requisitos subjetivos e objetivos para o exercício da participação parecem respondidos pelo próprio enunciado do artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, porém é preciso explorar o significado das disposições que, como veremos, são um tanto quanto genéricas.

Esquemáticamente, serão tratados aqui por subjetivos todos os requisitos da participação que dizem respeito à condição da criança – tais como idade e maturidade – , enquanto por objetivos serão compreendidos todos aqueles que indicam em quais situações, procedimentos ou assuntos a participação deve ocorrer.

3.2.1. Dos requisitos objetivos

Objetivamente, a participação se dará, como enuncia o artigo 12, “sobre todos os assuntos relacionados com a criança” e “em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma”. Para o Comitê para os Direitos da Criança (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 11), deve-se interpretar o termo *assuntos* de maneira bem ampla, o que inclui todas as questões trabalhadas ao longo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças como também todas as questões não explicitamente abordadas por ela mas que tenham conteúdo de interesse da criança. O Comitê para os Direitos da Criança acrescenta que a interpretação ampla dos assuntos que afetam as crianças contribui para sua inclusão nos processos sociais de sua comunidade e sociedade.

Interessante perceber que eleger um assunto como relacionado ou não com a criança somente é possível a partir da análise do caso concreto, verificando se de alguma forma ele afeta seus direitos, impacta o desenvolvimento de suas capacidades ou sua vida. Devido às diversas idades, culturas e contextos socioeconômicos em que podem estar inseridas, diferentes crianças vivenciam diferentes experiências. Este é um forte indicativo de que os assuntos não serão passíveis de enumeração, como em uma lista.

Quanto ao direito da criança de ser escutada em todo processo judicial ou administrativo que a afete, também há consenso entre as observações do Comitê para os Direitos da Criança e a literatura de que a expressão “todo o processo que a afete” assinala a mais ampla gama de temas, sem a pretensão de delimitar um rol. No contexto judicial, os procedimentos nos quais cabe a participação da criança podem ter os mais diversos objetos, da seara do direito das famílias à do direito penal. Assim, exemplificativamente, a criança claramente terá interesse em ser escutada nos processos em que estejam em pauta sua guarda e regulamentação de visitas, alimentos, destituição do poder familiar, alienação parental, adoção, investigação de paternidade, alteração de registro civil, autorização para viagens, administração de seu patrimônio, entre outros. Bem como terá interesse em ser escutada em processos que discutam casos em que figure como criança em conflito com a lei penal ou seja vítima de violência física ou psicológica e abuso sexual.

Há também o consenso de que o direito de participação será exercido inclusive no contexto não judicial, seja no ambiente informal cotidiano – no seio da família, na escola e na comunidade – ou no ambiente de procedimentos administrativos. O texto do artigo 12 frisa a escuta da criança em procedimentos administrativos e o comentário geral nº 12 do Comitê para os Direitos da Criança exemplifica como procedimentos típicos e de interesse da criança aqueles em que são tomadas decisões acerca da educação, da saúde, da comunidade em que ela está inserida, de suas condições de vida e proteção. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 12)

Para LANSDOWN (2005a, p. 14), a participação infantil pode se dar com decisões e ações que às crianças concernem: tanto na esfera privada como na vida pública; a nível individual, por meio de decisões que afetam sua vida cotidiana, e em estruturas mais amplas, com as decisões relativas a assuntos da vida coletiva; de maneira ocasional, como no caso de consultas esporádicas, e como processo contínuos, no qual a participação das crianças se dá constantemente; e, por fim, nas atividades de promoção e defesa para exigir o cumprimento dos seus próprios direitos.

Ponto que exige atenção especial é que não se exclui do interesse da criança ser escutada nos processos judiciais consensuais. Não há motivos para que seja considerado desnecessário seu espaço de fala pelo fato de não haver litígio aparente no processo, ainda que esta seja uma prática recorrente na realidade forense dos Estados Partes. Em seu estudo sobre a temática, *O Defensor del Pueblo de ESPAÑA* (2014, p. 18) muito bem observa que se não se escuta a criança nos processos consensuais, dificilmente poderão ser detectados os conflitos não evidentes e, conseqüentemente, não poderá ser

assegurado que no desfecho processual o interesse superior da criança tenha sido atendido. Afinal, a título de exemplo, ainda que os pais em processo de divórcio consensual tenham acordado acerca da guarda do filho e sobre isso não haja conflito, pode perfeitamente ser que a decisão dos pais não atenda aos anseios da criança, o que se passará judicialmente despercebido quando presume-se que a criança não tenha espaço para ser escutada nestes casos.

Em resumo, os requisitos objetivos para o exercício do direito de participação não são passíveis de enumeração, a menos que componham um rol enunciativo e nunca taxativo, atentando-se para o fato de que a ausência de conflito aparente na condução dos procedimentos não é sinônimo de participação prescindível.

3.2.2 Dos requisitos subjetivos

No aspecto subjetivo, o enunciado da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças elegeu que os Estados Partes assegurarão “à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos” o direito de expressar livremente suas opiniões sobre todos os assuntos a ela relacionados. No mais, garantiu que tais opiniões serão levadas em consideração “em função da maturidade da criança”

Pode-se notar que o artigo 12 não prescreve qualquer critério estático, como a idade, para aferir a capacidade da criança de formular juízos próprios e também não fornece quaisquer outros parâmetros para averiguar esta condição. Ao longo de seu texto, porém, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças reconhece que as crianças são dotadas de capacidade em evolução, especificamente nos artigos 5 e 14. O Comitê para os Direitos da Criança procurou esclarecer em seu comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 9) que, com os termos “capacidade para formular seus próprios juízos”, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças diz que:

Esses termos não devem ser vistos como uma limitação, mas como uma obrigação para os Estados Partes de avaliar a capacidade da criança de formar uma opinião autônoma na maior medida possível. Isso significa que os Estados Partes não podem partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões. Pelo contrário, os Estados partes devem assumir que a criança tem a capacidade de formar suas próprias opiniões e reconhecer que ela tem o direito de expressá-las; Não cabe à criança provar primeiro que tem essa capacidade.

Como explica o Comitê para os Direitos da Criança, com a opção por adotar parâmetros abertos para aferir a capacidade de formular opiniões, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças buscou não estabelecer restrições à livre expressão das crianças. Quando se trata de direito de participação, não há e não pode haver uma idade mínima para exercê-lo. Desde que nascem, as crianças começam a desenvolver as habilidades e competências necessárias para participar, a partir dos estímulos do ambiente em que estão inseridas. Assim, todas as crianças são capazes de ter uma opinião, até mesmo as muito pequenas, sendo importante considerar que as formas de expressar essas opiniões variam muito de acordo com seu crescimento e desenvolvimento. (LANSDOWN, 2005a, p. 1)

A capacidade das crianças está mais relacionada ao contexto social, comunitário e cultural em que elas estão inseridas e ao tipo de vivência que experimentam do que a fatores de ordem biológica e psicológica (LANSDOWN, 2005a, p. 5). Parâmetros fechados não permitem a avaliação individualizada. Inclusive, o Comitê para os Direitos da Criança, em suas recomendações, desencoraja os Estados Partes que introduzam por lei ou na prática limites de idade que restrinjam o direito da criança de ser escutada em todos os assuntos que a afetam (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 9).

Ainda sobre o critério de capacidade de formular seus próprios juízos, o Comitê para os Direitos da Criança, por meio do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 10), esclarece que a criança não deve necessariamente ter um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas uma compreensão suficiente para ser capaz de adequadamente formar um juízo próprio sobre o tema.

Sobre as opiniões formuladas pelas crianças serem levadas em consideração a partir da aferição de sua maturidade, como dispõe a parte dois do artigo 12, tem-se que considerar que o conceito de maturidade é de difícil delimitação e pode adquirir diversos significados nas distintas sociedades. Entretanto, o comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p.11) considera que:

“Maturidade” refere-se à capacidade de compreender e avaliar as consequências de um determinado assunto, o que deve ser levado em consideração ao determinar a capacidade de cada criança. A maturidade é difícil de definir; no contexto do artigo 12, é a capacidade de uma criança para expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente. Os efeitos da questão sobre a criança também devem ser tomados em consideração. Quanto maiores são os

efeitos do resultado na vida da criança, mais importante será a correta avaliação de sua maturidade.

É possível concluir que identificar a incidência de requisitos de cunho subjetivo para o exercício da participação demanda estratégia. É preciso que as legislações e a prática dos Estados Partes estejam alinhadas com o propósito de desenvolver técnicas multidisciplinares capazes de aferir o nível de compreensão da criança acerca da situação fática sobre a qual busca-se solução. Entretanto, estas estratégias devem partir da premissa de que todas as crianças são capazes, em algum nível, de formular e expressar sua opinião.

Por fim, dentro dos requisitos subjetivos da participação, deve-se atribuir atenção à questão das crianças com deficiência, das que pertencem a minorias, das indígenas, das imigrantes e das crianças que não falam o idioma nacional. Se às crianças que não pertencem a esses grupos muitas vezes não é garantido o direito de participação, exercer esse direito é um tanto quanto mais raro para as que pertencem.

Faz-se necessário dar ênfase à garantia do direito de participação a esses grupos que historicamente têm sido vulnerabilizados pela inadequada promoção de seus direitos fundamentais. Especialmente às crianças com deficiência deve-se garantir o exercício de seu direito de participação atendendo a meios de apoio e ajustes razoáveis (MANTAMALA, 2017, p. 58). Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trata com especial atenção o tema e, em seu artigo 7, assegura à criança com deficiência o exercício de direitos em igualdade com as demais crianças, bem como o exercício do seu direito de participação com a garantia de que, para tal fim, recebam suporte adequado:

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.
3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito. (BRASIL, Decreto nº 6.949/2009)

3.3. De que modo a participação deve se dar?

Como explorado no tópico inaugural deste artigo, há apenas três décadas, com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, as crianças são destinatárias da doutrina da proteção integral. Por esse motivo, efetivar o direito de participação, elegendo mecanismos para dar-lhe aplicação, significa atribuir muito mais voz às crianças do que historicamente se fez até aqui, e caminha na lógica reversa da tradição dos sistemas jurídicos e dos aparatos judiciários ocidentais.

A implementação do direito de participação, em todas as suas dimensões – incluindo o âmbito familiar, comunitário e dos processos judiciais e administrativos – exige o treino e a mobilização das pessoas que convivem e trabalham com as crianças, preparando-as para que livremente e cada vez mais participem da vida em sociedade e adquiram habilidades democráticas. Este é um dever que se atribui aos pais e a outros membros da família, assim como aos membros da comunidade em geral, a exemplo de professores, assistentes sociais, advogados e psicólogos (PAIS, 2000, p. 96).

Pensar em como a participação pode se dar parte necessariamente da consideração de que o processo de participar deve ser personalizado, atendendo às peculiaridades e às necessidades de cada criança. Marta Santos PAIS (2000, p. 16) afirma que há diferentes maneiras de promover e assegurar a participação, tendo em vista fatores como a idade da criança, em relação ao parâmetro do grupo de sua faixa etária e à luz da habilidade, confiança e experiência de cada indivíduo ao avaliar sua própria situação.

Para Gerison LANSDOWN (2005a), a participação pode se dar de diferentes maneiras, considerando-se o grau de intervenção das crianças no processo de tomada de decisão. A autora identifica e explicita três modos em que a participação pode se materializar a partir do escalonamento de graus ou profundidade da participação, sendo eles: processos consultivos; processos participativos; e processos autônomos.

Os processos *consultivos* são aqueles em que se estabelecem mecanismos que permitem aos adultos conhecerem o ponto de vista da criança sobre determinado assunto que direta ou indiretamente lhe diga respeito, com a finalidade de exercer influência e fornecer informações em matéria de legislação, política e práticas que afetam sua vida. Essa categoria de processo se caracteriza por ser: iniciada por adultos; dirigida e administrada por adultos, e pela impossibilidade de que as crianças controlem os resultados (LANSDOWN, 2005a, p. 16). A consulta, apesar de contribuir muito para a tomada de decisão, não vincula o seu resultado e é por isso que este processo é considerado o de menor grau de participação.

Os processos consultivos têm boa aplicação quando as crianças que irão exercer o direito de participar são muito novas. Assim, mesmo que não tenham compreensão aprofundada acerca das circunstâncias sobre as quais está sendo construída a decisão a ser tomada, elas têm a oportunidade de expor suas impressões, possibilitando que os adultos construam uma resposta para a questão posta que contemple, no que for adequado, a opinião da criança.

Os processos *participativos* oferecem abertura para que as crianças intervenham ativamente no desenvolvimento, implementação, monitoramento e avaliação de projetos, programas, investigações e outras atividades. São características do processo participativo: iniciado por adultos; implica a colaboração das crianças; atribui às crianças o poder de exercer influência ou de expressar dúvidas a respeito do processo em si ou até mesmo em relação aos resultados, e permite que, com o tempo, evolua-se para a participação autônoma por parte das crianças (LANSDOWN, 2005a, p. 17). Nesses processos, a participação das crianças é mais incrementada em relação ao nível de participação que lhes é atribuída nos processos consultivos. Aqui, as crianças desfrutam da possibilidade de interagir e intervir mais na tomada de decisão.

Os processos participativos têm aplicação ideal para os casos em que as crianças possuem um substrato maior de compreensão acerca das circunstâncias da decisão a ser tomada, porém, ainda não estão aptas a tomá-la autonomamente.

Por fim, os processos *autônomos* consistem na oportunidade das próprias crianças empreenderem a ação e não simplesmente se adaptarem ao plano definido pelos adultos. São características dos processos autônomos: as crianças são responsáveis pela identificação dos temas a serem afrontados; a atuação dos adultos é mais como de facilitadores do que como líderes; há controle do processo pelas crianças (LANSDOWN, 2005a, p. 18). Estes processos são os que possibilitam o maior grau de participação das crianças. Aqui, elas serão as protagonistas da tomada de decisão, tendo total controle sobre os seus resultados e contando com os adultos apenas como apoio.

Os processos autônomos têm aplicação eficaz quando as crianças que irão exercer o direito de participação já têm um bom domínio acerca das circunstâncias da tomada de decisão, bem como das implicações que esta acarreta.

LANSDOWN (2015a, p. 16) explicita, ainda, que é importante reconhecer que os limites entre os processos de diferentes graus de participação poucas vezes são claros e que um grande número de iniciativas pode abarcar mais de um nível de participação.

No âmbito da concretização do exercício do direito de participação nos processos judiciais, os sistemas jurídicos e especialmente os aparatos do Judiciário foram concebidos e implementados por adultos e para adultos, não contemplando as características, necessidades e particularidades das crianças (MANTAMALA, 2017, p. 50). É por esse motivo que o acesso ao Judiciário pelas crianças é um tanto quanto dificultado, além de que quando o próprio Judiciário necessita contar com a participação das crianças, não se encontra apto a recebê-las e a lidar com elas, o que desencadeia resultados processuais e práticos não tão satisfatórios.

Pensar mecanismos que possam aprimorar a participação processual das crianças também foi objeto do comentário geral nº 12 do Comitê para os Direitos da Criança. O documento enumerou as seguintes medidas, que também podem ser vislumbradas como fases: a) preparação; b) audiência; c) avaliação da capacidade da criança; d) comunicação dos resultados à criança; e) queixas, vias de recurso e reparação.

Na fase da *preparação*, tratada no item 41 do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 13), a criança deverá ser munida de todas as informações necessárias para participar. Em primeiro lugar, deverá ser informada sobre o próprio direito de expressar sua opinião, ou seja, sobre o direito de participar, aos moldes do elencado pelo artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Logo em seguida, deverá ser informada sobre as modalidades por meio das quais poderá exercer esse direito, se diretamente ou por um representante, sendo especificamente esclarecida sobre as implicações dessa escolha. Será informada também sobre os efeitos que se desencadearão sobre suas opiniões expressadas. Por fim, será instruída sobre como se desenvolverá a sua escuta, com informações sobre a forma, o tempo de duração e o local.

A fase de preparação é também um espaço de esclarecimento de quaisquer dúvidas, sendo dever do profissional responsável pela condução da criança por esta etapa esclarecer todas as que surgirem. MANTAMALA (2017, p. 56) pontua que, nesta etapa, é muito importante a participação de uma equipe multidisciplinar, que trabalhará para o fortalecimento emocional e intelectual da criança, esclarecendo suas dúvidas sobre o alcance de sua intervenção, bem como dissipando qualquer sentimento de culpa que

possa acompanhá-la ao intervir, especialmente nos processos que envolvam questões familiares.

Adiante, tem-se a fase da *audiência*, tratada nos itens 42 e 43 do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 13-14). A primeira recomendação que o Comitê para os Direitos da Criança oferece sobre esta etapa é que o ato de escutar a criança deve ser realizado num contexto propício e que inspire confiança. Este talvez seja o ponto de maior relevância para a adequada implementação do direito de participação das crianças nos processos judiciais. Desta maneira, o vocabulário utilizado pelo profissional que conduz a escuta deve ser adequado à criança e o ambiente da sala de audiência necessita ser acolhedor, amigável, privado e imprimir segurança. E, principalmente, a condução da escuta deve aproximar-se mais de uma conversa do que de um interrogatório, considerando sempre que as crianças podem utilizar-se de diversos meios para exprimir sua opinião que não só a fala, sendo necessário que também se atente para gestos, expressões faciais e corporais. A intenção é que a audiência seja um espaço em que as crianças dialoguem com a finalidade de expressar seus sentimentos, salvaguardadas da presença de pessoas que possam influenciá-las ou distorcer sua opinião (MANTAMALA, 2017, p. 57).

A fase de *avaliação da capacidade da criança*, disposta no item 44 do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p.14), é, sem dúvidas, um ponto delicado para o exercício do direito de participação. Até mesmo a recomendação do Comitê para os Direitos da Criança é limitada, restringindo-se a reafirmar o enunciado do artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças quando diz que “as opiniões da criança devem ser devidamente levadas em conta, sempre que uma análise casuística indique que a criança é capaz de formar um juízo próprio”, e recomendar que “devem ser estabelecidas boas práticas para avaliar a capacidade da criança”. É certo que, como destaca o estudo do *Defensor del Pueblo de ESPAÑA* (2014, p. 18), a avaliação da maturidade e juízo da criança não é uma apreciação propriamente jurídica, sendo muitas vezes indispensável que o julgador solicite apoio de equipe multidisciplinar para tal. Neste aspecto, não é desnecessário lembrar que o Comitê para os Direitos da Criança recomenda a presunção de que todas as crianças sejam capazes de formular juízo próprio para efeito de avaliação de suas capacidades.

A fase da *comunicação dos resultados* é tratada no item 45 do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 14). Na exata medida em que se concebe a criança como protagonista da tomada de decisão compartilhada, torna-se

imprescindível que ela seja inteirada de todos os passos que culminaram no resultado do processo. Por esse motivo, é dever do profissional encarregado de conduzir a criança durante o processo judicial esclarecer como as opiniões manifestadas por ela em audiência foram consideradas para o desfecho processual, garantindo assim que as opiniões tenham sido levadas a sério. Segundo disposição do Comitê para os Direitos da Criança, “a informação pode levar a criança a insistir, mostrar-se de acordo ou fazer outra proposta ou, no caso de um procedimento judicial ou administrativo, apresentar uma apelação ou uma denúncia” (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 14).

Por fim, a fase de *queixas, vias de recurso e reparação*, explicitada nos itens 46 e 47 do comentário geral nº 12 (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009, p. 14), garante que os ordenamentos prevejam vias específicas de recurso quando a criança considera que o seu direito de ser escutada e de ter sua opinião devidamente considerada não tenha sido satisfeito.

É certo que os mecanismos, ferramentas ou passos para a efetivação do direito de participação da criança, especialmente nos processos judiciais, não são estáticos. Desta forma, os Estados não estão limitados a seguir um modelo fechado de procedimento para a participação, até porque os referidos mecanismos necessitam de avaliação constante de resultados para que sejam aprimorados.

4. A implementação do direito de participação e o conceito de “evolução de capacidades” adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: sistemas de participação

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças funda o direito de participação sobre as bases do conceito inovador de “evolução de capacidades”, sendo o artigo 5º o responsável por inaugurar o termo no documento e no espectro internacional da temática de direitos humanos. No referido artigo, dispõe-se que os pais, membros da família ampliada ou da comunidade e os legalmente responsáveis proporcionarão à criança “instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos”:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução

de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (BRASIL, Decreto nº 99.710/1990)

Em termos práticos, dizer que as crianças são dotadas de capacidade em evolução significa reconhecer que, desde o nascimento, elas constantemente recebem estímulos do ambiente em que estão inseridas. Desse modo, suas faculdades continuamente se desenvolvem, sendo impossível atribuir-lhes níveis ou padrões estáticos de desenvolvimento que, por fim, assinalem autorização ou desautorização para exercício de determinado direito. Segundo LANSDOWN (2005b, p. 19), o conceito de evolução de capacidades ocupa um lugar central no equilíbrio entre o reconhecimento de que as crianças são protagonistas de suas próprias vidas e, ao mesmo tempo, de que têm necessidade de serem protegidas, em função de sua relativa imaturidade e de sua pouca idade, como defende a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças.

Conforme brevemente abordado no item 3.2 deste trabalho, o Comitê para os Direitos da Criança esclareceu que, com o mandamento de respeito às capacidades em evolução da criança, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças presou por não estabelecer, a priori, restrições à participação das crianças, confirmando que todas são presumidamente capazes de exprimir suas opiniões. Entretanto, sobre este aspecto, é de suma importância destacar que o artigo 5º não bane a presunção de incompetência das crianças, e sim impõe aos Estados Partes a obrigação de assegurar que as suas faculdades e competências sejam respeitadas (LANSDOWN, 2005b, p. 20). Em suma, o artigo 5º dedicou-se a dois aspectos: assegurar o direito das crianças de exercerem seus próprios direitos autonomamente, a partir do reconhecimento de que todas elas são dotadas de capacidade em evolução; e, ao mesmo tempo, atribuir aos pais e responsáveis legais o dever de apoiar e proteger as crianças no exercício desses direitos, na exata medida da evolução de suas capacidades, considerando que, algumas vezes, elas ainda não estarão prontas para assumir responsabilidades da tomada de decisão.

Para além do artigo 5º, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças ainda invocou o conceito de evolução de capacidades em seu artigo 14 e atribuiu-lhe papel interpretativo crucial para as diversas disposições de seu texto. É neste último ponto que a relação entre a evolução das capacidades e o direito de participação se estreita. O artigo 12 garante que será assegurado à criança que estiver capacitada de formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente, sendo estas opiniões levadas devidamente em conta em função de sua idade e maturidade. A referida disposição admite que as capacidades da criança aprimoram-se, em algum nível, em relação à idade e à maturidade crescente. Percebe-se a compatibilidade do conceito de

evolução de capacidades com esta noção do artigo 12 e aplica-se tal conceito como um princípio de interpretação que reconhece que, à medida em que as crianças adquirem competências cada vez maiores, reduz-se a sua necessidade de orientação e aumenta a sua capacidade de assumir responsabilidades a respeito das decisões que afetam a sua vida (LANSDOWN, 2005b, p. 19).

Tornar a avaliação da capacidade em evolução um instrumento para a concretização do direito de participação não é simples. Isto porque instituir critérios que permitam uma correta avaliação é complexo. Ainda hoje não há um consenso entre os estudiosos da temática sobre qual seja o método mais eficaz para estes fins.

O primeiro aspecto que sugere a complexidade da avaliação do nível de evolução da capacidade da criança é a noção de que não se trata o processo de desenvolvimento de capacidades de um fenômeno linear. A começar pelo fato de que cada criança é um indivíduo dotado de singularidades. Para além, a infância não é um fenômeno universal, o que quer dizer que a forma com que esta fase da vida é concebida pelas diversas culturas é distinta, sendo que cada uma delas poderá atribuir diferentes metas para a evolução, conforme os objetivos que se estabeleçam como parâmetro para a aquisição de capacidade. E, mesmo dentro de uma mesma cultura, é impossível ignorar que cada criança vivenciará uma infância e, conseqüentemente, desenvolverá suas capacidades conforme o ambiente de estímulos a que é submetida. Sendo assim, fatores como a família e a sua configuração, os costumes e cultura compartilhados, a condição socioeconômica e o acesso à educação e a recursos básicos serão determinantes para que a criança apresente certo nível de desenvolvimento. Retomando as considerações de LANSDOWN (2005a, p.5), a capacidade das crianças está mais relacionada a aspectos de ordem social, comunitária e cultural do que a fatores de ordem biológica e psicológica.

Diante da dificuldade encontrada em definir como as capacidades evoluem, é necessário refletir em que moldes a aferição das capacidades é mais eficaz. Tudo isso para tornar possível que as crianças exerçam o seu direito de participar sem, no entanto, serem expostas à desproteção e à responsabilidade das decisões que ainda não estejam prontas para tomar.

Gerison LANSDOWN (2005b) enumera quatro sistemas possíveis de participação, que consideram formas distintas de se lidar com a avaliação das capacidades em evolução, sendo eles: i) sistema de limites de idade fixos e prescritivos para a aquisição gradual da capacidade de exercício de direitos; ii) sistema de eliminação de todos os limites fixos de

idade; iii) sistema de estabelecimento de limites fixos de idade combinado com o direito de demonstrar competência a uma idade inferior; iv) sistema misto com a diferenciação dos distintos tipos de direito. Todos os modelos gozam de vantagens e desvantagens e centram-se no impasse do equilíbrio entre dois direitos fundamentais da criança: o direito de participar na tomada de decisão e no próprio exercício de seus direitos e, em contrapartida, o direito de receber proteção adequada, visto a condição de suas faculdades ainda em desenvolvimento. Nenhum sistema de participação está pronto e acabado ou consegue atender ao perfeito equilíbrio entre os direitos de participação e proteção, que, embora pareça inatingível, deve ser o guia para o aperfeiçoamento constante das técnicas.

O primeiro sistema de participação corresponde àquele que a maioria dos Estados ocidentais adota: a aplicação de idades fixas para o exercício de direitos (LANSDOWN, 2008b, p. 71). Nesse modelo, a legislação vigente prescreve a idade mínima que, quando completada, autoriza o indivíduo a exercer autonomamente certo direito. Assim, independentemente de quaisquer fatores inerentes às singularidades de cada criança, somente se atinge a maioria para o exercício autônomo do direito quando se completa o padrão etário estabelecido. Aqui, a evolução das capacidades é aferida através do estabelecimento prévio de etapas bem definidas e delimitadas por idade.

O segundo sistema de participação apresentado baseia-se na eliminação de todos os limites fixos de idade. Na perspectiva oposta do modelo anterior, a proposta é que não haja qualquer prescrição legislativa de idade mínima a ser atingida para fins de exercícios de direito (LANSDOWN, 2005b, p. 72). A partir da eliminação do critério etário, a participação se condicionará à aferição da capacidade da criança no caso concreto, a qual poderá se dar mediante duas hipóteses: a criança, para exercer determinado direito, deverá demonstrar e provar a sua própria competência; ou, em uma perspectiva mais radical, todas as crianças serão dotadas da presunção de competência, incumbindo aos adultos demonstrar a sua incapacidade para o exercício de algum direito específico.

O terceiro sistema de participação se apresenta como a persistência dos limites fixos de idade combinado com a possibilidade da criança de demonstrar sua competência em uma idade inferior (LANSDOWN, 2005b, p. 73). Este sistema é uma proposta de atenuação ao critério fixo de idade, sem, contudo, eliminá-lo. Desta forma, todos os direitos continuariam acessíveis ao exercício autônomo da criança a partir de uma idade-padrão estabelecida pela lei, entretanto, a própria criança, ainda que mais nova, demonstrando-se num nível de evolução de capacidades mais avançado e compatível

com o exercício daquele direito específico, poderia fazê-lo. Neste ponto, a aferição de capacidades encontra dois momentos: o primeiro em que se é estabelecido etapas de evolução delimitada por idade; e o segundo, em que a aferição poderá se dar no caso concreto, quando a criança demonstra-se apta a avançar entre as etapas etárias estabelecidas.

O quarto e último sistema de participação, denominado misto, conjuga características de todos os demais (LANSDOWN, 2005b, p. 74), prometendo uma abordagem mais sofisticada para a tarefa de instituir um critério de aferição de capacidades em evolução. Sua proposta consiste em analisar o ordenamento jurídico e categorizar os direitos, selecionando os grupos em que a adoção de limites fixos de idade seja apropriada e os grupos em que o mais aconselhável é que não se estabeleça limites e presuma-se a competência da criança, ficando a cargo do adulto demonstrar a eventual incompetência. Neste sentido, Gerison LANSDOWN (2005b, p. 74) propõe três categorias de direitos: a) direitos cujo exercício acarrete danos graves e imediatos para a criança e terceiros, a exemplo da posse de armas, consumo de álcool e tabaco e a condução de automóveis; b) direitos cuja ausência de limites de idade exponham a criança a abusos ou a exploração por parte dos adultos, como exemplo, a idade mínima para a capacidade de consentir com atos sexuais; c) direitos cujo exercício tem repercussões somente para a criança, mas traz consequências imediatamente e à longo prazo, a exemplo da concordância com a adoção, decisões tomadas ao longo do divórcio dos pais e o consentimento para tratamentos médicos. Nas duas primeiras categorias de direitos os limites de idade são necessários, na terceira não são.

5. A tarefa complexa de estabelecer critério jurídicos de avaliação da “evolução de capacidades”: uma análise crítica dos sistemas de participação apresentados

Expostos os quatro sistemas de participação, neste tópico a proposta é apresentar uma análise crítica sobre cada um dos conjuntos de hipóteses, ponderando as vantagens e desvantagens que individualmente externam, bem como suas contribuições positivas ou negativas para incrementar dois aspectos muito relevantes para a seara do Direito das Crianças: a vulnerabilidade e a autonomia, que aqui se materializam, respectivamente, nos direitos da criança à proteção e à participação.

Em um primeiro momento, faz-se necessário delinear brevemente esses dois conceitos. A vulnerabilidade existencial – atribuída genericamente às crianças – segundo a definição de Carlos Nelson KONDER (2015, p. 105), seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a vulnerabilidade da criança estaria atrelada a sua própria condição de pessoa em evolução de capacidades e ao fato de que, em relação às pessoas adultas, possui menos força física e menor bagagem experiencial. A partir dessa noção, o direito à proteção seria uma decorrência natural da condição de vulnerabilidade presumida às crianças, que necessita de aparatos para ser suprida e não ampliada.

Acerca do conceito de autonomia, Mariana Alves LARA (2019, p. 144) afirma que “genérica e filosoficamente, autonomia seria criar normas para si mesmo, dar-se suas próprias leis, autodeterminar-se, fazer escolhas e se responsabilizar por elas. É poder escolher o que é vida boa para si e buscar sua realização”. Thaís Fernanda Tenório SÊCO (2014), em sua obra “*Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente*”, explica que, quando se encontra em pauta a tomada de decisões existenciais em relação às crianças, consideradas pelos ordenamentos jurídicos sujeitos relativa ou absolutamente incapazes, há uma distribuição de “competências” em três vértices: o primeiro ocupado pela sociedade, representada pelo Estado; o segundo ocupado pela família; e o terceiro, finalmente, ocupado pela própria criança. A autora esclarece ainda que:

Somente no terceiro vértice ocupado pela própria criança e pelo próprio adolescente, portanto, seria possível falar-se apropriadamente de autonomia [...]. Enquanto nos outros dois vértices trata-se, não de autonomia, mas de *heteronomia*. É importante observar que não se trata de autonomia porque autonomia detém um mecanismo muito intrínseco de legitimação do que é decidido na medida em que a pessoa que decide é também a pessoa que vivencia as consequências da decisão. (SÊCO, 2014, p. 5)

Assim, quanto ao aspecto autonomia, o direito à participação funciona como um estimulante, permitindo que o terceiro vértice de competência, exercido pela criança, atue cada vez mais num exercício contínuo de aprimoramento da tomada de decisão autônoma. Feitas estas considerações, passa-se para a análise crítica dos sistemas de participação.

A adoção do sistema de participação com critério fixo apresenta uma proposta confortável e atrativa aos sistemas jurídicos, pois resolve a tarefa complexa de aferir a evolução das capacidades com uma solução relativamente simples: categorizar o desenvolvimento das faculdades infantis em etapas. Assim, a atividade do operador do direito é otimizada, basta a mera subsunção do fato à norma, analisando a ocorrência ou não do critério objetivo da idade, e a solução jurídica para a questão em pauta estará resolvida.

Em suma, as vantagens de um critério fixo de idade para participar e aferir a evolução das capacidades concentram-se na sua previsibilidade e na praticidade de sua aplicação. A primeira está ligada à possibilidade da criança e dos seus responsáveis legais vislumbrarem o momento exato em que a capacidade de exercício para certo ato da vida civil nasce.

As desvantagens, que parecem demasiadamente onerosas, dizem respeito à uniformização da evolução das capacidades, impossibilitando que as faculdades reais de cada criança sejam levadas em consideração na aquisição gradual da capacidade de exercício de certos direitos. Um primeiro aspecto é a incoerência da admissão de que a maturidade seja assimilada a uma data, de modo que no dia anterior ao seu aniversário a criança seja considerada incapaz para autonomamente exercer certos direitos e, horas depois, no dia em que completa mais um ano de vida, seja automaticamente considerada capaz. Isto porque, conforme explanado ao longo deste trabalho, as faculdades não se operam em 24 horas. Um segundo aspecto é que os ordenamentos que adotam este modelo, em geral, adotam diferentes idades-padrão para diferentes direitos. O que em tese se pretende como uma avaliação objetiva de quais direitos as crianças adquirem mais cedo e quais não, realizada no momento de edição das normas e com o teórico apoio da interdisciplinaridade, muitas vezes se revela como uma verdadeira incoerência de padrões.

Quando são analisados os fatores do melhor interesse, da autonomia e vulnerabilidade aplicados a esse sistema, algumas considerações surgem. Tem-se que vincular o exercício de um direito a uma idade faz com que a criança que tenha atingido evolução de capacidades para autonomamente agir em momento anterior sofra com o cerceamento do seu melhor interesse. A título de exemplo tem-se, no Brasil, a criança com menos de 16 anos que, embora politicamente engajada e ciente dos aspectos inerentes a sua cidadania, é impedida de exercer o direito de voto e, eventualmente, eleger candidato que apresente uma proposta que lhe apeteça e atenda aos seus interesses. Quanto à

autonomia, sob a mesma consideração da possibilidade de que o patamar ideal de evolução de capacidades possa ser atingido anteriormente à idade legislada, a autodeterminação do sujeito fica consideravelmente ameaçada. E, por fim, quanto ao aspecto da vulnerabilidade, este é valorizado em primeiro plano, estabelecendo-se idades fixas que confirmam proteção às crianças da exposição a tomada de decisão que não estão preparados para receber. Conclui-se, pois, que este sistema muitas vezes se desequilibra em desfavor do direito de participação e em vantagem perceptível para o direito de proteção da criança, o que, afinal de contas, pode lhe ser bastante prejudicial, já que ceifa sua autonomia em grande medida.

O sistema de eliminação de todos os limites fixos de idade, segunda proposta apresentada por Gerison Lansdown, traz uma alternativa ousada ao modelo oposto de estabelecimento de idades fixas. É de se esperar que essa alternativa não resolva o problema de se eleger um critério de aferição das capacidades em evolução, porque apenas transfere o problema para outra dimensão: o desequilíbrio entre direito de participação e direito à proteção persiste, com a diferença que passa a ser constatada vantagem do primeiro em desfavor do segundo.

A vantagem da aplicação desse sistema de participação é a possibilidade de aferir individualmente a evolução da capacidade de cada criança, permitindo que cada uma exerça seus direitos em consonância com o nível de evolução de faculdades que apresentar. Vantagem que, entretanto, é bastante mitigada pela pouca praticidade atribuída ao sistema, somada ao fato de que aferir a capacidade é uma tarefa que não tem fórmula prescritiva e fechada, além de exigir esforço comum entre operadores do direito e profissionais da psicologia e da assistência social.

Em oposto, as desvantagens apresentadas circundam a dificuldade de implantação do sistema, visto que exige atividades administrativas custosas para a aferição individual de capacidades de todas as crianças, a exigência de habilidades consideráveis para julgar esta capacidade, e a imprevisibilidade do modelo (LANSDOWN, 2005b, p. 72).

Ademais, cita-se o adicional de que a eliminação de critérios fixos apresenta duas possibilidades de procedimento sobre a avaliação da capacidade: a) para exercer o direito a criança demonstrará a sua capacidade; b) todas as crianças seriam presumidamente dotadas de capacidade, sendo que dependeria dos adultos a demonstração de sua eventual incapacidade para o exercício de determinado direito.

Adotando a primeira hipótese, há que se considerar que exigir da criança que demonstre sua capacidade para exercício de determinado direito pode apresentar-se como um verdadeiro obstáculo para tal. Nem todas as crianças estão inseridas em contextos familiares, escolares e comunitários que lhes favoreçam expressar sentimentos, opiniões e preferências. Além disso, muitas delas – embora preparadas – não conseguem expressar sua capacidade do modo em que os adultos esperam que expressem. Aderir a esse modelo de eliminação de critérios somado à necessidade de que as próprias crianças demonstrem a sua capacidade, na contra lógica do sistema, pode ser um grande cerceador da autonomia.

A segunda hipótese leva a dois pontos importantes envolvendo o papel dos responsáveis legais. A delicadeza da questão exige que o ato de demonstrar a inexistência de nível adequado de evolução de capacidades seja extremamente preciso. A inércia dos adultos pode desproteger as crianças que, mesmo não preparadas para a tomada de certa decisão o fazem, visto a permissão legal conjugada com a ausência de demonstração da sua inaptidão temporária. Por outro lado, a conduta ativa do adulto de demonstrar a incapacidade da criança para exercer o direito naquele momento, pode, muitas vezes, ser o reflexo de conflitos no exercício da autoridade parental ou tutela do menor, o que claramente é prejudicial.

LANSDOWN (2005b, p. 72) elucida que a eliminação de todo e qualquer critério etário é incompatível com a própria Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças que, inclusive, propõe a introdução de certos limites de idade por via legal. São exemplos desta prescrição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças os artigos 32 e 40 que, respectivamente, impõe aos Estados Parte o estabelecimento de idade mínima para que a criança seja admitida em empregos e idade mínima antes da qual será considerada penalmente inimputável.

Sob o prisma da autonomia e da vulnerabilidade, tem-se que, em posição diametralmente oposta ao sistema de instituição de idades fixas, o sistema de eliminação é uma alternativa que preconiza a autonomia da criança. Esta valorização, entretanto, se dá em detrimento da consciência do aspecto da vulnerabilidade. A abolição completa de idades fixas desconsidera que alguns direitos exigem um grau bastante elevado de desenvolvimento das capacidades para serem exercidos, sob pena da violação de outros direitos basilares da criança.

A título de exemplo, há o estabelecimento de idade mínima para trabalhar. No Brasil, é necessário que a pessoa tenha 18 anos completos para exercer atividade laborativa, com exceção do labor na condição de aprendiz a partir dos 14 anos de idade: caso inexistente o mínimo etário, crianças desde tenra idade estariam autorizadas a trabalhar. Isso, conseqüentemente, poderia prejudicar o exercício do direito à infância, ao lazer e à educação, direitos cujo exercício regular é fundamental para o desenvolvimento saudável do seu titular. Portanto, considerar que todas as crianças estejam preparadas para exercer todos os direitos ao invés de lhes conferir maior autonomia, pode acabar lhes acarretando vulnerabilidade e desproteção demasiada.

O terceiro sistema de participação combina a instituição de idades fixas flexibilizada pela possibilidade de demonstrar a evolução de capacidades compatível com o exercício do direito a uma idade inferior. A princípio, parece uma solução lógica aos extremos dos dois modelos anteriormente apresentados, porém LANSDOWN (2005b, p. 73) alerta que, mesmo que uma criança possua e demonstre capacidade suficiente, não seria um critério adequado quando a redução de limites de idade estiver relacionada a alguns direitos mais caros, como o consentimento para ter relações sexuais, contrair matrimônio, trabalhar, alistar-se nas forças armadas, abandonar a escola, votar, fumar e beber álcool. Justamente porque considera-se que estes direitos e uma série de outros mais necessitam de um nível mais alto de desenvolvimento de capacidades para que sejam exercidos pela criança, sendo fundamental para o sucesso da participação que a criança esteja preparada para a responsabilidade da tomada de decisão e para lidar com as implicações da escolha que fizer.

Além disso, o exercício precoce de alguns direitos pode comprometer o exercício de direitos mais basilares e de importância ímpar para o desenvolvimento psíquico da criança. Neste ponto, retoma-se a discussão abordada no modelo anterior, de que alguns direitos merecem ser salvaguardados pelo limite mínimo de idade, sob pena de vulnerabilização, desproteção das crianças, e supressão de alguns outros direitos básicos.

As principais vantagens inerentes a esse sistema seriam a eficácia na proteção da criança, ao mesmo tempo em que admite certa flexibilidade nos limites de idade, e o reconhecimento de que admitir a capacidade da criança em um determinado aspecto de sua vida não implica, necessariamente, no reconhecimento da capacidade em outra seara. Por sua vez, as desvantagens persistem sobre a escassez de recursos para avaliar a capacidade da criança individualmente e a conseqüentemente improbabilidade da

aplicação da avaliação individual pelos adultos, tendo em vista que os padrões de idade já se encontrariam disposto em lei e com execução imediata e prática.

Neste modelo, os aspectos da autonomia e da vulnerabilidade tendem à atenuação de seu desequilíbrio, em relação à maneira com que se conectam nos dois primeiros sistemas extremos. Aqui, a vulnerabilidade só se torna um ponto sensível do modelo quanto à flexibilização de exercício para alguns direitos que merecem a salvaguarda do critério etário. A autonomia, por outro lado, é valorizada na medida em que é possível que seja constatada e exercida fora dos padrões etários, mediante a demonstração de capacidade.

O quarto sistema de participação analisado (sistema misto) propõe a categorização de direitos para que sejam determinados quais são passíveis de fixação de idade mínima e quais não o são. Entre todos os sistemas apresentados, o modelo misto é o mais propício para a efetivação do direito fundamental de participação da criança. Isto porque concede um espaço de autonomia à criança no âmbito das decisões personalíssimas, em que é presumida capaz e, portanto, apta a participar diretamente da tomada de decisões que lhe dizem respeito. Sabe-se que o próprio exercício da participação incrementa a capacidade de participar. Assim, o exercício autônomo de direitos básicos favorece a criança a se preparar gradualmente para participar e tomar decisões cada vez mais complexas. Porém, ao mesmo tempo, identificando categorias de direitos mais complexos e de maior repercussão, em que o padrão de idade mínima seja indispensável, este sistema permite a garantia de que a criança esteja exposta a menos riscos de abuso e desproteção.

As vantagens que envolvem a adoção do sistema misto são as de evitar os inconvenientes de que uma excessiva confiança nos limites prescritivos de idade representa para a tomada de decisões personalíssimas e a promoção de uma atenta consideração das faculdades da criança, potencialmente incrementando o respeito a elas. As desvantagens, no entanto, materializam-se no fato de que a ausência de limites de idade pode ser aproveitada pelos adultos, seja explicitamente ou por omissão, para negar à criança o direito de exercer seus direitos. E, por outro lado, a ausência de fixação de limites etários pode ser percebida, em algumas ocasiões, como uma restrição para oportunidades da criança de demonstrar suas capacidades e assumir maiores responsabilidades sobre sua vida (LANSDOWN, 2005b, p. 74).

Apesar de os sistemas terceiro e quarto encontrarem uma certa paridade entre si quanto ao equilíbrio na conjugação dos aspectos vulnerabilidade e autonomia, podem ser

identificadas algumas vantagens no quarto modelo (misto) que o tornam um sistema de participação mais eficaz do que o terceiro sistema. Esta vantagem reside exatamente no ponto de que o sistema misto parece garantir com mais segurança a autonomia às crianças. Isto porque o sistema nº 3 (do estabelecimento de idade fixas combinado com a flexibilidade do exercício do direito em uma idade inferior) oferece o risco de que a participação não se efetive frente à inaplicabilidade do mandamento de avaliação das capacidades e, conseqüentemente, produza os mesmos efeitos e problemas que hoje se verificam com a adoção do primeiro sistema (de idades fixas). Enquanto isso, com a admissão de que todas as crianças são capazes ao exercício de alguns direitos básicos, como propõe o quarto sistema, estimula-se desde cedo a participação das crianças, incrementando gradativamente a sua autonomia, o que naturalmente proporcionará a capacidade para o exercício de direitos mais complexos.

Quanto às vantagens do quarto sistema em relação aos dois primeiros apresentados, percebe-se que aquele obtém um maior equilíbrio entre os fatores autonomia e vulnerabilidade e, conseqüentemente, o equilíbrio entre os direitos da criança de receber proteção e participar da tomada de decisão.

5.1. Avaliação das capacidades em evolução: entraves e soluções

Avaliar as capacidades em evolução da criança, com certeza, é uma tarefa para a qual os operadores e os estudiosos do direito não possuem substrato teórico e técnico para realizar sem o auxílio dos profissionais da psicologia. Todos os quatro sistemas de participação apresentados pela obra de Gerison LANSDOWN (2005b) envolvem, em algum momento, a aferição quantitativa das faculdades da criança. É neste ponto que reside um verdadeiro obstáculo para a prática efetiva de qualquer sistema apresentado e para que seja adotado por um ordenamento jurídico.

Os estudiosos da psicologia que abordam a teoria cultural do desenvolvimento – entre eles os expoentes Lev Vygotsky e Richard Shweder (WOODHEAD, 1999) – concordam que estabelecer expectativas padronizadas de infância, a despeito de serem utilizadas de longa data (a exemplo da organização das etapas escolares com padrões de idade) não é o mais adequado. Isso porque estes padrões ignoram o fato de que cada indivíduo é produto do processo cultural em que se encontra inserido. Martin WOODHEAD (1999) esclarece que a abordagem cultural enfatiza que todo ambiente de desenvolvimento em que a criança está introduzida é moldado pela ação humana, todo ambiente é culturalmente construído e mediado por complexos sistemas de crenças, sendo que o

fator mais significativo para o desenvolvimento da criança são os adultos com quem desenvolve uma relação próxima.

É com base nesta noção de que a aferição de capacidades não é passível de ser feita em caixas e, na verdade, o mais adequado é que deva ser realizada casuisticamente, observando a realidade do sujeito avaliado e levando em conta todos os seus aspectos subjetivos e socioculturais, é que se percebe que aplicar este método nos problemas cotidianos judicializados para obter uma resposta objetiva, clara e tempestiva pode se mostrar impraticável.

Em geral, o estabelecimento de critérios de cunho subjetivo para o solucionar jurídico de situações problemas é mais suscetível de insegurança jurídica em decorrência da possibilidade de atuação discricionária dos operadores do direito. Entretanto, assumir as limitações dos critérios objetivos e aceitá-las passivamente, sem esforço teórico e prático de aprimorá-las, causa prejuízos desarrazoados para os direitos das crianças.

Diante da dificuldade manifesta de avaliar o desenvolvimento das capacidades, especialmente de forma casuística e respeitosa às singularidades de cada indivíduo que vivencia a infância, SÊCO (2014) propõe recomendações para a atribuição de autonomia gradual à criança, por meio da avaliação de características relevantes da situação problema que exige a sua participação. A autora sugere:

Com atenção às dificuldades para se reconhecer a autonomia da criança e do adolescente em face da dúvida sobre o seu discernimento, e tendo em vista a percepção dinâmica de que se trata, de qualquer forma, de um indivíduo em desenvolvimento que tende para a plena autonomia, propõe-se a valoração das decisões existenciais com base nos critérios da *reversibilidade* ou *irreversibilidade*, e da *adiabilidade* ou *inadiabilidade* (SÊCO, 2014, p. 19).

Da combinação dos fatores reversibilidade ou irreversibilidade com os fatores adiababilidade ou inadiabilidade surgem algumas conclusões. As decisões irreversíveis e ao mesmo tempo adiáveis demonstram a possibilidade de serem postergadas, objetivamente, até um momento de maior maturidade. Aquelas decisões que se apresentarem reversíveis porém inadiáveis poderão ser praticadas, também objetivamente, no momento correto ou de imediato. Já as reversíveis e adiáveis, devido ao baixo ônus das consequências da decisão, seja para a criança ou para terceiros, devem ser praticadas a qualquer tempo, sendo a eleição do momento livre e a cargo da própria interação social-afetiva (SÊCO, 2014, p. 20). Por fim, as decisões irreversíveis e

inadiáveis constituem os *hard cases* do direito da criança e, segundo a autora, essas seriam as decisões que exigem uma análise profunda de todas as nuances do caso concreto e apoio interdisciplinar, como da psicologia e da medicina, para uma solução adequada.

Quanto a esta proposta, devemos destacar dois pontos. O primeiro é que ela pretende apresentar solução em caráter exclusivo para as decisões de cunho existencial. O segundo é que a autora esclarece em sua obra “*A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*” que esta categorização das decisões não se mostra como uma sugestão de um novo modelo ou nova norma para o ordenamento, mas sim como um esclarecimento dos fatores que merecem realmente ser levados em conta quando estão em questão os interesses existenciais da criança (SÊCO, 2013, p. 138).

Conforme exposto no tópico anterior, considera-se o sistema misto de participação o mais adequado para efetivar o exercício do direito de participação das crianças. O aprimoramento desse sistema apresentado por Gerison Lansdowns, a partir da observação da proposta de Thaís Fernanda Tenório Sêco, nos apresenta como uma hipótese interessante.

A despeito das dificuldades de se avaliar subjetivamente faculdades em desenvolvimento, o sistema misto propõe a categorização de direitos entre os que comportam o estabelecimento de idades fixas para o seu exercício e os que não comportam. Os direitos que não comportam parâmetros etários são exatamente os direitos personalíssimos ou existenciais, mesma categoria sobre a qual se propõe uma análise das situações problemas por meio dos fatores (in)adiabilidade e (ir)reversibilidade. Assim, adicionar o filtro da adiabilidade e da reversibilidade sobre as categorias de direito em que se sugere a abolição de limites fixos de idade poderia atenuar as desvantagens que o modelo misto apresenta, especialmente no que se diz respeito à limitação que é a possibilidade de inobservância corriqueira pelos adultos do exercício do direito de participar das crianças. Isso porque, por meio da obrigatoriedade da apreciação das características da situação problema, orientações seriam oferecidas ao exercício autônomo da tomada de decisão pela criança. O emprego deste filtro também apresenta a vantagem de conferir certo grau de segurança jurídica às soluções eleitas.

Por fim e igualmente relevante, é imprescindível que o sistema misto, ou qualquer outro sistema que se proponha ao mesmo fim de avaliar a evolução das capacidades, esteja

acompanhado de estratégias que alinhem a missão jurídica de garantir o direito de participação com a interdisciplinaridade que a temática exige. Angariando apoio da psicologia, da medicina, das ciências sociais, entre outros, para suprir as demandas que as ciências jurídicas não são capazes de apreciar.

6. A importância de se dar efetividade ao direito fundamental de participação

Depois de analisado o direito fundamental à participação da criança, conhecidos os desafios que surgem diante da complexidade de se avaliar capacidades em evolução e de explorados os sistemas que se propõem para a sua implementação, é preciso que se resgate a importância de se dar efetividade a esse direito.

Parece claro que a participação da criança nas decisões que lhe dizem respeito é fator que amplia os seus horizontes e lhe garante a proteção ao desenvolvimento integral e a aquisição da autonomia progressiva, aos moldes do disposto no artigo 5º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. O compartilhamento de experiências da criança com os adultos a sua volta, bem como com outras crianças, especialmente na conclusão de tarefas que presumem o exercício da capacidade, contribui para o desenvolvimento de suas faculdades. Assim, a criança adquire autonomia na exata proporção de que lhe é concedida a possibilidade de exercer autonomamente a gestão de sua própria vida (LANSDOWN, 2005a, p. 8). Em outras palavras, só é possível a aquisição plena da autonomia por meio do seu próprio exercício gradual.

Além do mais, valoriza-se a criança quando esta é convidada e incentivada a participar da construção de decisões que lhe dizem respeito. Neste exercício, garante-se a promoção plena de sua dignidade: a criança passa a ser reconhecida como um sujeito de direito e não somente como um sujeito de direito em potencial – que virá a ser quando atingir a maioridade civil. Soma-se a esse evento o fato de que as soluções conjuntamente construídas pelas partes envolvidas tendem sempre a ter maior aplicabilidade e adesão. Isto se explica pela noção de que os sujeitos que assumem posições ativas na tomada de decisão passam a se sentir parte do processo e nele se reconhecem. Com as crianças não é diferente. Segundo o que preleciona LANSDOWN (2005a, p. 8), um número cada vez maior de dados revela que, quando se dá às crianças a oportunidade de participar, estas adquirem níveis mais elevados de competência, incrementando a qualidade de sua participação.

A partir da escuta da criança e, principalmente, da consideração dos aspectos trazidos pela sua fala, possibilita-se que a decisão tomada seja mais eficaz. Isto se deve exatamente ao fato de que somente a própria criança pode aportar uma melhor compreensão de sua vida e de suas perspectivas. LANSDOWN (2005a, p. 12) destaca que escutar as crianças é de extrema importância para que os adultos possam compreender suas prioridades, interesses e preocupações e, assim, dar-lhes solução adequada.

A efetivação do direito de participação também tem o condão de garantir que a criança esteja mais protegida. O ato de participar garante que a criança desenvolva diversas faculdades, dentre elas a capacidade de se expressar, expor seus sentimentos, comunicar-se, compartilhar experiências e desenvolver a autoconfiança. Assim, como relaciona LANSDOWN (2005a, p.9), as crianças que são chamadas a manifestar seu ponto de vista e opinião tornam-se menos vulneráveis a eventuais situações de abuso, contribuindo para a sua própria proteção.

Finalmente, o processo democrático social e, portanto, a coletividade, também se beneficiam da concretização do direito de participação dos sujeitos em desenvolvimento. A partir da experiência do respeito manifestado frente a suas opiniões e descobrindo a importância de seu próprio respeito pelas opiniões dos demais, as crianças adquirem a capacidade e a vontade de escutar os outros e, deste modo, passam a entender os processos e o valor da democracia (LANSDOWN, 2005a, p.13).

7. Considerações finais

A Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, ao positivizar o direito de participação e atribuir-lhe status de direito fundamental, institui verdadeiro marco na sistemática do Direito da Criança, na medida em que afirma o sujeito em desenvolvimento de faculdades como protagonista de sua própria vida e história. Entretanto, a sistemática jurídica dos Estados Partes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças ainda carece de muitos ajustes teóricos e legislativos no instituto das incapacidades jurídicas, de modo que o direito fundamental de participação da criança seja efetivado, para além de se esgotar na mera ratificação do texto do documento.

Ao longo deste trabalho, constatou-se que a adoção de critérios fixos para aferição da capacidade da criança e, conseqüentemente, para autorizar a sua participação é

demasiadamente prejudicial para o exercício e aquisição gradual da autonomia, bem como para a atenuação do fator vulnerabilidade. Esta apuração é fruto da percepção de que a infância não se trata de um fenômeno linear que acomoda fases fechadas. A despeito de todos esses indícios, a maioria dos sistemas jurídicos ainda adotam o critério etário para atribuir competência às crianças.

Faz-se necessário, então, revisitar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e especialmente o disposto em seu artigo 12 para que, por meio do reconhecimento da importância preponderante do direito em comento como direito que sustenta o exercício de todos os demais direitos das crianças, empreenda-se esforços de discussão teórica e prática para sua implementação. Por sua vez, a implementação do direito de participação encontra verdadeiro obstáculo no ato de avaliar as capacidades em evolução da criança, obstáculo este cuja superação deve estar apoiada na noção de que todas as crianças são dotadas de capacidade e estão aptas, em algum nível, a contribuir para a tomada de decisão das questões que lhe afetam direta e indiretamente.

Por fim, conclui-se que a dificuldade de se estabelecer um sistema jurídico de participação adequado à avaliação de capacidades, porém, não pode funcionar como um fator desestimulante para as modificações necessárias aos regimes jurídicos da participação em vigor. Nem tampouco podem fazê-lo o apego à falsa sensação de segurança jurídica plena atribuída a institutos que, a exemplo da capacidade civil, pretendem atribuir critérios objetivos para aferir fenômenos humanos tão complexos e subjetivos.

É necessário que se debata jurídica e interdisciplinarmente esta questão e que se busque a construção conjunta de ferramentas que abandonem um conceito padronizado da infância, privilegiando a individualidade de cada sujeito. Isto porque, na certeza de que a ação emancipa, somente o exercício de fato do direito de participação é capaz de atribuir à pessoa humana em desenvolvimento a sua proteção integral e o atendimento ao seu genuíno melhor interesse.

8. Referências bibliográficas

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 55-75.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45-55.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12**: El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: 2009. Disponível em: encurtador.com.br/ilmoO Acesso em: 20 mai. 2019.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA. **Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor**: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia. Madrid: Editorial MIC, 2014.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 99, p. 101-123, mai./jun. 2015.

LANSDOWN, Gerison. **¿Me haces caso? El derecho de los niños pequeños a participar en las decisiones que los afectan**. La Haya: Fundación Bernard van Leer, 2005a.

LANSDOWN, Gerison. **La evolución de las facultades del niño**. Florencia: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2005b.

LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LIMA, Renata Mantovani et al. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.7, n. 2, p. 313-329, ago. 2017.

MANTAMALA, Carmen Julia Cabello. Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Peru, v. 7, n. 1, p.45-70, enero/julio 2017.

PAIS, Marta Santos. **Child participation**. Lisboa: Documentação e Direito Comparado, n.81-82, 2000, p. 91-101.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; BERLINI, Luciana Fernandes. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: Entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. In: VIEIRA, Marcello de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti. (Orgs.). **Direito da criança e do adolescente: Estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 113- 135.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa Santos. Desafios para garantia do direito à participação de crianças e adolescentes no sistema judicial brasileiro. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015, p. 10-32.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras**: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 225-248.

WOODHEAD, Martin. **Reconstructing developmental psychology**: some first steps. *Children and Society*, United Kingdom, v. 13, 1999, p. 3-19.