CAPACIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA SOB A PERSPECTIVA DO REFERENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Legal capacity of the child from the perspective of the Human Rights

Kalline Eler
Universidade federal de Juiz de Fora
E-mail: kalline.eler@ufjf.br

Trabalho enviado em 22 de janeiro de 2024 e aceito em 3 de fevereiro de 2025

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

RESUMO

Objetivo: Este artigo tem por objetivo analisar a capacidade jurídica da criança a partir do referencial dos direitos humanos estabelecido pela Convenção Sobre os Direitos da Criança (CDC) que, em seu artigo 5º, assegura o exercício pessoal dos direitos da criança de acordo com suas capacidades evolutivas. **Método:** Trata-se de pesquisa de cunho teórico-documental, baseada, dentre outros, na CDC, nos Comentários Gerais de números 4, 5, 7, 12 e 20 produzidos pelo Comitê Sobre os Direitos da Criança, e no estudo de Eler (2020) sobre os direitos humanos da criança. **Resultados:** Verificou-se que o modelo de capacidade jurídica brasileiro é inadequado, pois desconsidera o direito humano da criança de ter sua capacidade considerada de modo evolutivo, conforme seu gradativo amadurecimento físico, intelectual, social e emocional. **Contribuições:** Em conclusão, sustenta-se a premente necessidade de revisão do modelo de capacidade vigente para que a criança não continue sendo tratada como um absolutamente incapaz, conforme o artigo 3º do Código Civil, sendo, ao final proposto uma revisão desse modelo a partir do referencial eleito que privilegia a capacidade decisional da criança.

Palavras-chave: Capacidade Jurídica. Capacidades Evolutivas. Convenção Sobre os Direitos da Criança. Direitos Humanos. Criança

ABSTRACT

Objective: This study aims to analyze the legal capacity of the child from the human rights framework established by the Convention on the Rights of the Child (CRC) which, in its article 5 ensures the personal exercise of children's rights according to their evolving capacities. **Method**: This is a theoretical and documentary research, based, among others, on the CRC, the General Comments numbers 4,5,7,12 and 20 produced by the Committee on the Rights of the Child and Eler's research on child's human rights.
Results: It was found that the Brazilian legal capacity model is inadequate, because it disregards the child's human right to have their capacity considered in an evolutive way, according to their gradual physical, intellectual, social and emotional maturation. **Contributions:** In conclusion, it is argued that there is an urgent need to review the current capacity model, so that children are no longer treated as absolutely incapable, as stipulated in Article 3 of the Brazilian Civil Code. In the end, a revision of this model is proposed, based on the chosen theoretical framework, which favors the child's decision-making capacity.

Keywords: Legal capacity. Evolving Capacities. Convention on the Rights of the Child. Human Rights. Children

1. INTRODUÇÃO

A capacidade, conforme tratada pelo direito civil brasileiro, implica o reconhecimento dos direitos titularizados por uma pessoa enquanto sujeito de direitos (capacidade jurídica). No entanto, apesar ser um conceito eminentemente jurídico - posto que é o ordenamento que define o espectro de direitos que alguém, abstratamente, pode vir a titularizar - o campo da capacidade é multidisciplinar. Além da capacidade jurídica, há a capacidade mental que corresponde a habilidade para tomada de decisão. A capacidade jurídica, em conjunto com a capacidade mental ou decisional, viabiliza o exercício da autonomia pessoal nas situações cotidianas (ALBUQUERQUE, 2018).

No direito brasileiro, emprega-se os conceitos de capacidade de direito ou gozo e capacidade de fato ou de exercício, passando-se ao largo da capacidade mental. Os civilistas vinculam a capacidade para exercer direitos ao discernimento, noção imprecisa e não científica que tem ocasionado a declaração equivocada de incapacidade daquelas pessoas que apresentam alguma deficiência intelectual ou transtorno mental bem como as crianças. Nesse sentido, essa vinculação prejudica a criança, pois a coloca na posição de absolutamente incapaz, conforme o art. 3º do Código Civil.

Diante desse contexto que alija as crianças do exercício pessoal dos seus direitos, este trabalho analisa a capacidade jurídica da criança a partir da perspectiva dos direitos humanos sedimentada na Convenção Sobre os Direitos da Criança, doravante CDC.

O referencial teórico-normativo estabelecido pela CDC é imprescindível para a compreensão da capacidade jurídica da criança, por ser o principal instrumento internacional de proteção aos direitos da criança. Antes da adoção da CDC em 1989, as crianças eram invariavelmente consideradas seres passivos, impotentes, sem voz e invisíveis. A infância era vista como um estágio singular, fixo e universal da vida, para o qual "o único remédio da criança era crescer" e a sua falta de capacidade, muitas vezes, era levantada como base para questionar se elas poderiam ser detentoras de direitos (VARADAN, 2019).

A CDC, portanto, marcou o início de uma nova era na qual as crianças deixaram de ser percebidas como objetos de direito e passaram a ser tratadas como sujeitos de direitos, plenamente habilitadas a reivindicá-los e a exercê-los. A CDC introduz uma perspectiva centrada na criança, abrangendo uma gama de direitos civis e políticos (artigos 13, 14, 15, por exemplo), e direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 24, 26, 27, por exemplo) e representa o consenso duramente conquistado pela comunidade internacional, estando legitimada a ocupar a posição de vanguarda da lei e das práticas relativas às crianças, particularmente em áreas tão mal compreendidas, contestadas

e fundamentais para o exercício dos seus direitos como a capacidade. Além disso, essa norma tem status supralegal.

Ressalta-se que, no Recurso Extraordinário n. 466.343, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram incorporados através do procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição têm *status* de norma supralegal, ou seja, encontram-se hierarquicamente acima dos atos normativos primários, mas abaixo das normas constitucionais. Nesse sentido, a CDC tem natureza de norma supralegal e sobrepõe-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código Civil, devendo, portanto, ser o instrumento a orientar qualquer análise envolvendo a capacidade da criança.

No regime de capacidade jurídica sob o enfoque da CDC, o fato de a criança não apresentar habilidades para tomar determinadas decisões não a torna juridicamente incapaz, porquanto sua capacidade é considerada em evolução. O artigo 5º da CDC afirma que os pais e outros adultos responsáveis devem orientar as crianças no exercício dos seus direitos de maneira compatível com suas capacidades evolutivas. O termo representou uma mudança de paradigma na forma de conceber a capacidade jurídica da criança até, então, presumida incapaz perante a lei em razão da sua vulnerabilidade e maturidade. Assim, considerando a inovação trazida pela CDC quanto à capacidade jurídica da criança, este artigo aborda o significado, o papel e as funções relativas às capacidades evolutivas da criança.

Quanto à abordagem teórica, este trabalho se apoia na pesquisa desenvolvida por Eler (2020) que aplicou o conceito de capacidades evolutivas ao contexto dos cuidados em saúde do paciente pediátrico. Igualmente, este artigo assenta-se nos Comentários Gerais elaborados pelo Comitê Sobre os Direitos da Criança, especialmente, Comentário Geral No.7: Implementação dos Direitos da Criança na Primeira Infância (2005); e Comentário Geral No.12: Direito da criança à participação (2009); Comentário Geral No. 20: Implementação dos direitos da criança durante a adolescência (2016). A adoção desses comentários justifica-se pois constituem a jurisprudência internacional dos direitos humanos e o Comitê corresponde a um órgão de direitos humanos, sendo o responsável por oferecer compreensão adequada dos conteúdos de direitos humanos das crianças e das suas implicações para os Estados, partes interessadas, organizações não governamentais e a sociedade em geral.

Em consonância com os referenciais teóricos adotados, estruturou-se este artigo em três partes: a primeira versa sobre o significado histórico das capacidades evolutivas e explica o contexto no qual o termo apareceu pela primeira vez nos Grupos de Trabalho preparatórios para a CDC; a segunda parte aborda o conceito, o papel e a função das capacidades evolutivas da criança a partir dos Comentários Gerais produzidos pelo Comitê Sobre os Direitos da Criança; a última parte propõe

uma revisão do modelo brasileiro de capacidade jurídica da criança a partir do referencial dos direitos humanos. Esclarece-se, por fim, que o termo criança é empregado de modo geral em referência aos menores de 18 anos, conforme a definição do primeiro artigo da CDC.

2. RECONHECIMENTO DA CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Até o final do século XIX, não existia a concepção de que as crianças deveriam ser consideradas como sujeitos de direito, pois prevalecia o entendimento de que eram objeto de proteção do Estado, a quem competia assegurar o seu bem-estar, em particular, no contexto referente ao trabalho, e propriedade de seus responsáveis decorrente do pensamento hobbesiano (MILNE, 2013).

As revisões das concepções sobre a infância e o progressivo surgimento da noção de direitos humanos foram criando um ambiente propício para a defesa dos direitos da criança. Assim, a partir do século XX em diante, as discussões sobre os direitos da criança alçaram o âmbito internacional quando, em 1919, a recém-formada Liga das Nações instituiu o Comitê de Proteção da Infância.

O século XX foi proclamado o "século da criança" e suas décadas iniciais exibiram o primeiro desenvolvimento sistemático de programas e campanhas em prol dos direitos das crianças. Pela primeira vez, os movimentos de proteção são formulados em termos de direitos, notabilizando o direito à educação e o direito de ser protegido do trabalho exploratório (ELER, 2020).

O pós-primeira Guerra Mundial impulsionou o surgimento de grupos mobilizados que ofereciam assistência às crianças afetadas pelo conflito, sobressaindo-se o grupo Save the Children, organização britânica liderada pela professora de inglês Eglantyne Jebb. Segundo Jebb, o trabalho das organizações somente seria efetivo se alcançasse *status* internacional e, por isso, em 1920, reuniu várias organizações em torno da União de Organizações Internacionais Save the Children. Empenhou-se por criar uma Carta Internacional de Direitos da Criança, aproximando-se da Liga das Nações Unidas. Em 1923, patrocinou o documento inicial da Declaração de Direitos da Criança, adotado, primeiramente, pela sua organização e, posteriormente, submetido à Assembleia da Liga das Nações Unidas (ELER, 2020).

Em 1924, a 5ª Assembleia da Liga das Nações Unidas adotou, por unanimidade, a Declaração dos Direitos da Criança (Declaração de Genebra). A despeito da invisibilidade histórica das crianças, esse instrumento representa a primeira declaração de direitos adotada por uma organização intergovernamental, precedendo 24 anos a Declaração Universal de Direitos Humanos. Embora

alguns autores considerem essa Declaração como consagradora de direitos humanos (VAN BUEREN, 1998; BUCK, 2014), trata-se, em verdade, apenas do primeiro documento de proteção internacional das crianças que serviu de prelúdio para futuras declarações, sem, entretanto, reconhecer as crianças como portadoras de direito.

A Declaração de Genebra nunca teve a intenção de ser um instrumento que pudesse criar obrigações vinculantes aos Estados (ELER, 2020). O dever de providenciar à criança o melhor, isto é, de garantir o seu bem-estar, foi conferido aos homens e mulheres em virtude de entender-se, naquele momento histórico, que as crianças deveriam contar com os adultos para garantir sua proteção.

Apesar da Declaração intitular-se de direitos da criança, sua principal preocupação foi o atendimento das necessidades sociais e psicológicas das crianças, tendo, por conseguinte, uma linguagem mais apropriada ao campo do bem-estar delas. Ademais, a Declaração reflete uma visão paternalista acerca do bem-estar da criança, da qual decorre o controle absoluto dos adultos sobre seu destino. Não há nenhuma referência à autodeterminação das crianças.

Não obstante limitada, a Declaração de Genebra constitui um marco jurídico importante, pois estabelece internacionalmente, pela primeira vez, a ideia de que a criança deve ser protegida, servindo de fundamento para as futuras normas no campo dos direitos da criança.

Em 1946, a Comissão Temporária Social, criada pelo Conselho Econômico e Social da recente Organização das Nações Unidas – ONU, deu início aos debates acerca da possibilidade de uma segunda Declaração de Direitos da Criança. Embora não houvesse discordância quanto à necessidade de se adotar uma nova Declaração, foram necessários mais de dez anos até que a proposta final da Declaração fosse colocada em votação na Assembleia Geral da ONU.

Em 19 de novembro de 1959, foi aprovada uma nova Declaração de Direitos, tendo sido oficialmente adotada no dia 20 de novembro, dia também consagrado como o Dia Universal da Criança. A Declaração de 1959 incorporou a linguagem de direitos, contém um preâmbulo e dez princípios. O preâmbulo descreve os princípios como enunciados de diretos e liberdades os quais devem ser observados pelos Estados e incorporados pelas legislações internas, com outras medidas progressivamente instituídas.

O preâmbulo faz menção explícita à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH, reconhecendo que as crianças também são titulares dos direitos descritos na Declaração Universal, assim como toda humanidade. O preâmbulo também sugere um compromisso dos Estados com uma infância feliz (ELER, 2020).

De acordo com a Declaração (UN, 1959), toda criança tem direito a um nome e uma nacionalidade (Princípio 3), nutrição, habitação, recreação e assistência médica adequadas

(Princípio 4), o que denota uma preocupação com sua proteção social. A Declaração confere ainda um cuidado maior às necessidades especiais das crianças física, mental e socialmente incapacitadas (Princípio 5) e das crianças órfãs (Princípio 6). Incluem-se, ainda, os diretos à educação, a brincar e divertir-se (Princípio 7).

O novo documento foi, ao mesmo tempo, ambicioso e modesto. Ambicioso, pois, diferentemente de sua predecessora, adota uma linguagem jurídica que concede direitos às crianças. Enquanto na Declaração de 1924 a criança é um objeto de direitos, na Declaração de 1959, ela começa a ser vista como sujeito de direitos. O documento avança ao reforçar a ideia de que às crianças é devida especial proteção e que tal proteção, conforme o Princípio 2, será efetivada de modo a contemplar o "melhor interesse da criança" e sua "consideração primordial". Por outro lado, o documento foi bastante cauteloso no tema do trabalho infantil, apenas dispondo, de forma genérica, que "não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente" (Principio 9) (ELER, 2020).

Durante a elaboração da Declaração de 1959, o Estado da Polônia sustentou que seria preferível uma Convenção sobre os Direitos da Criança em detrimento de uma Declaração, de modo que os Estados fossem obrigados a ajustar suas legislações internas ao comando de direitos humanos. No entanto, preferiu-se, naquele momento, não adotar o termo Convenção em virtude das grandes diferenças econômicas, sociais e culturais e das divergências insolúveis acerca das visões acerca de questões morais e religião entre os Estados-membros (ELER, 2020).

Se em 1959 a maioria dos Estados-membros concordaram em não adotar um tratado vinculante sobre os direitos da criança, em 1979, ano proclamado pelas Nações Unidas como sendo o Ano Internacional da Criança, os mesmos Estados removeram suas objeções à elaboração de um documento vinculante.

O primeiro esboço foi submetido pela Polônia à Comissão de Diretos Humanos da ONU que, por sua vez, solicitou que o Secretário-Geral da ONU observasse as opiniões e sugestões dos Estados-membros. O Secretário-Geral recebeu 28 respostas dos Estados-membros, 4 de agências especializadas e 15 de organizações não-governamentais. Em 1979, baseando-se nessas respostas, a Comissão de Diretos Humanos decidiu estabelecer um grupo de trabalho pré-sessões para se debruçar no esboço da Convenção (ELER, 2020).

Todas as cláusulas foram inteiramente debatidas, residindo as principais controvérsias na definição da idade na qual alguém pode ser considerado criança (art. 1º); idade mínima para participar de conflitos armados (art. 38) e nas questões referente à liberdade religiosa (art. 14) e à adoção (art. 21).

O processo de negociação da Convenção, embora extenso, demonstrou ser benéfico, pois o debate prolongado acerca dos seus termos contou com a participação de várias organizações não governamentais e permitiu a conscientização dos governos e indivíduos acerca das necessidades e dos interesses das crianças, além de construir as bases necessárias para uma aprovação ampla.

A Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção por consenso em 20 de novembro de 1989 e abriu o documento para assinatura em 26 de janeiro de 1990, entrando em vigor em 2 de setembro de 1990. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 – CDC (ONU, 1989) foi o primeiro instrumento internacional a reconhecer explicitamente a criança como titular de direitos.

O diploma abrange toda gama de direitos civis e políticos que são de aplicação imediata (arts. 13, 14, 15, por exemplo), e direitos econômicos, sociais e culturais de realização progressiva (arts. 24, 26, 27, por exemplo). Em termos numéricos, considerando o número de direitos substantivos previstos, a Convenção sobre os Direitos da Criança é o maior tratado de Direitos Humanos em vigor.

Introduz uma perspectiva centrada na criança no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao reconhecer que as crianças podem ter interesses diferentes dos pais e que os melhores interesses da criança devem ser tomados com primazia (ELER, 2020).

A Convenção consagra direitos em um tratado com amplitude global que até então apenas tinham sido reconhecidos em casos jurisprudenciais ou em tratados regionais, como o direito da criança de ser ouvida em qualquer processo judicial ou administrativo (art. 12.2). Cria normas vinculantes em áreas que anteriormente tinham apenas recomendações, incluindo salvaguardas em processos de adoção (art. 21) e direitos de crianças com deficiência física e mental (art. 23). Impõe novas obrigações com relação à proteção das crianças, compreendendo a obrigação dos Estados de tomar medidas efetivas para abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde da criança (art. 24.3), como a circuncisão feminina, apesar de não mencionada[1], e ainda medidas de cuidado de crianças que sofrem abuso ou são submetidas à exploração ou abandonadas. A Convenção, ainda, acrescenta a obrigação dos Estados-membros de não impedir as crianças de desfrutarem seus direitos e liberdades.

Tendo em vista a dinamicidade dos direitos humanos, a Convenção não pode ser interpretada como um produto acabado, ao contrário, diante de mudanças sociais, constata-se sua expansão através da adição de novos direitos. Sendo assim, em 2000, dois protocolos facultativos foram acrescidos à Convenção: um protocolo banindo o envolvimento de crianças em conflitos armados e outro proibindo a venda, a prostituição e a pornografia infantil. Em 2011, um terceiro protocolo

[1] A proposta original do artigo previa expressamente a proibição da mutilação genital feminina, mas foi retirada em virtude das objeções dos Estados onde a prática é comum (VAN BUEREN, 1998).

facultativo foi editado, criando procedimentos de comunicação, a fim de permitir que as crianças ou seus representantes fizessem reclamações contra violações do Estado a seus direitos no Comitê das Nações Unidas de Direitos da Criança[2].

> A Convenção sobre os Diretos da Criança é o último documento internacional de uma série de tratados relativamente recentes, que reconhece que os indivíduos têm status no direito internacional e por meio da qual os Estados concordam em vincular-se a fim de implementar direitos específicos para todos os indivíduos e direitos adicionais para grupos específicos de indivíduos (VAN BUEREN, 1998) (p. 13).

No Brasil, a entrada dos direitos humanos da criança, na ordem interna, deu-se através do Decreto n°. 99.710, que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 21 de novembro de 1990. A despeito da ampla previsão de direitos na CDC, verifica-se que ainda há um abismo entre a norma e a realidade, especificamente quanto ao direito às capacidades evolutivas previsto no artigo 5º, pois as crianças ainda são tratadas por Estados como o Brasil como pessoas incapazes, representando um dos grupos populacionais que mais enfrentam obstáculos para exercer pessoalmente seus direitos. Diante disso, o próximo item aborda o tema da capacidade jurídica da criança.

3. PROCESSO HISTÓRICO DE INSERÇÃO DO TERMO CAPACIDADES EVOLUTIVAS DA CRIANÇA NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

O ano de 1979 foi proclamado pelas Nações Unidas como sendo o Ano Internacional da Criança e, nessa ocasião, a Comissão de Diretos Humanos decidiu estabelecer um grupo de trabalhos preparatórios para elaborar um documento vinculante sobre os direitos da criança (ELER, 2020).

O processo de negociação da Convenção Sobre os Direitos da Criança foi um dos mais extensos na história da elaboração dos tratados de direitos humanos. O debate prolongado acerca dos seus termos contou com a participação de várias organizações não governamentais e permitiu a conscientização dos governos e indivíduos acerca das necessidades e dos interesses das crianças (ELER, 2020), além de construir as bases necessárias para uma aprovação ampla. Atualmente, a CDC é o maior tratado de direitos humanos em vigor e o mais ratificado na história, sendo os Estados Unidos o único país a não ratificar o documento

[2] Os protocolos facultativos, uma vez ratificados por um governo, têm a mesma força que a Convenção e podem ser usados da mesma forma.

Um dos debates mais acirrados no contexto dos trabalhos preparatórios da CDC deu-se em torno da expressão "capacidades evolutivas da criança" que não estava presente no esboço original submetido pela Polônia à Comissão de Diretos Humanos em 1978. O termo foi cunhado pela delegação do Canadá, em 1984, no contexto das discussões sobre liberdade de pensamento, de consciência e de crença religiosa. Havia a preocupação de que as crianças não estavam recebendo consideração suficiente no exercício desse direito, porquanto os pais ou responsáveis continuavam a exercer autoridade quase irrestrita, estipulando educação moral e religiosa conforme suas próprias convicções, em detrimento de outros interesses da criança. Assim, para atender a essas preocupações, a delegação canadense propôs que as capacidades da criança fossem reconhecidas no exercício do seu direito à religião, ideia bastante inovadora até então (VARADAN, 2019).

A introdução dessa expressão trouxe bastante repercussão e o Grupo de Trabalho debateu se a referência às capacidades da criança representaria uma limitação ao escopo dos direitos dos pais já estabelecidos em outros tratados do Direito Internacional. Por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art.18, estipula a obrigação dos Estados Partes de respeitarem a liberdade dos pais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos de acordo com suas próprias convicções. Não obstante, após algumas emendas, o texto final do artigo foi aprovado da seguinte forma:

> Art.14
> 1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.
> 2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos ***de acordo com suas capacidades evolutivas. (sem grifo no original)***

Quando, em 1990, a CDC entrou em vigor, vinte e um Estados partes fizeram reservas ao texto, sendo o art.14 o dispositivo com o maior número de reservas.

A questão das capacidades evolutivas da criança ressurgiu em 1985, no Grupo de Trabalho sobre o direito da criança à educação, quando a delegação holandesa sugeriu a inserção de um segundo parágrafo mencionando as capacidades evolutivas à semelhança do que havia sido feito com o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença religiosa. De acordo com a delegação holandesa, a referência às capacidades evolutivas era necessária para delimitar a autoridade dos pais quanto ao direito à educação da criança, tendo em vista que, resguardados pelo artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, detinham a liberdade para promover a educação religiosa ou moral dos seus filhos de acordo com suas próprias convicções. A proposta da Holanda foi descartada, inexistindo no direito à educação da criança (artigo 28, CDC) alusão às suas capacidades evolutivas. A despeito disso, a partir das provocações

levantadas pela delegação holandesa, precipitaram as discussões sobre a necessidade de uma disposição geral no texto final da CDC reconhecendo as capacidades evolutivas da criança (VARADAN, 2019).

A discussão central sobre as capacidades evolutivas da criança ocorreu durante a sessão do Grupo de Trabalho, em 1987, quando a delegação da Noruega expressou a necessidade de uma disposição geral específica, tendo sido apoiada pela delegação do Canadá que, igualmente, sugeriu que as capacidades evolutivas da criança fossem estabelecidas de maneira abrangente através de um artigo geral.

Dessa forma, na sessão do Grupo de Trabalho de 1987, um esboço foi apresentado pela delegação dos Estados Unidos e da Austrália, no entanto, o texto enfatizou os pais como os principais detentores de direitos a quem competiria o dever de dar a devida consideração ao desenvolvimento das habilidades e dos conhecimentos necessários para que a criança chegasse à idade adulta independente. Em virtude do destaque que foi conferido aos direitos dos pais sobre a criança, a proposta foi duramente criticada pela delegação canadense sob o argumento de que a prioridade deveria ser dada à proteção da criança enquanto titular de direitos. Assim, qualquer proteção do Estado concedida à família deveria ser igualmente equilibrada com a proteção dos direitos dessa criança. Nesse sentido, os representantes do Canadá firmemente se posicionaram pela inserção do dever dos pais de respeitarem as capacidades evolutivas da criança (VARADAN, 2019).

Diante das discussões e impasses, o Presidente do Grupo de Trabalho solicitou que os países envidassem esforços para redigir um novo texto para a sessão do ano seguinte. Dessa forma, em 1988, as delegações da Austrália, Áustria, Holanda e Estados Unidos apresentaram outra proposta, mas esse novo texto também veio a ser alvo de críticas, especialmente, da delegação alemã. Os representantes da Alemanha expuseram suas preocupações quanto aos direitos dos pais que não tinham sido suficientemente resguardados. Assim, sugeriram um inciso adicional ao atual artigo 41 dispondo que "Nada nesta Convenção afetará os direitos e os deveres dos pais e, se for o caso, dos responsáveis legais de tomar as providências cabíveis e necessárias para a educação e o bem-estar da criança". A proposta, contudo, foi rejeitada. Os membros do Grupo de Trabalho ressaltaram que a Convenção reconhecia o papel crucial dos pais no desenvolvimento e na educação da criança, sendo desnecessário nova disposição (VARADAN, 2019). Desse modo, considerando que os direitos dos pais na criação dos seus filhos estavam assegurados em outros dispositivos, a ênfase, agora, deveria ser colocada nas capacidades evolutivas da criança. Finalmente, o consenso foi alcançado e a versão final foi adotada, constituindo o atual artigo 5 da CDC:

Artigo 5

> 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, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

Observa-se pela redação final do dispositivo aprovado e pelos relatórios das sessões do Grupo de Trabalho que a principal preocupação presente nas discussões era no sentido de que qualquer reconhecimento das capacidades da criança no exercício dos seus direitos poderia minar os direitos dos pais e a unidade familiar. Isso foi especialmente pronunciado nas discussões sobre o direito à liberdade de crença religiosa da criança, em que muitos membros do Grupo de Trabalho viram o exercício desse direito como uma ameaça direta aos direitos dos pais e potencialmente negativo aos melhores interesses da criança. Ao mesmo tempo, o fato de as capacidades evolutivas da criança terem ressurgido em outras discussões do Grupo de Trabalho, notadamente no contexto dos direitos civis e políticos e do direito à educação, sinalizou a importância do tema. Assim, durante essas discussões, vários participantes identificaram a necessidade de uma disposição geral na CDC que abordasse o papel das capacidades evolutivas das crianças no exercício de seus direitos. Diante desse quadro, sob o bojo do artigo 5º, dois conceitos gerais foram reunidos: (a) o reconhecimento da criança como titular de direitos; e (b) a garantia dos direitos, responsabilidades e deveres dos pais e de outros responsáveis no cuidado da criança.

Com efeito, as capacidades evolutivas inauguraram uma nova forma de conceber a criança, agora, não mais como uma pessoa incapaz, mas como uma pessoa cujas capacidades se desenvolvem conforme o ambiente lhe seja propício.

4. REGIME DA CAPACIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DO REFERENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS: CAPACIDADES EVOLUTIVAS

A fim de promover uma melhor compreensão acerca das capacidades evolutivas da criança, o Comitê Sobre os Direitos da Criança tem sinalizado seu papel e sua função em vários dos seus Comentários Gerais. Durante o vigésimo aniversário da CDC, em 2009, o Comitê convocou um painel de discussão cujo título era “Capacidades Evolutivas da criança: um princípio habilitador”, no qual encorajou sua aplicação mais ampla no planejamento educacional, nas políticas sobre idades mínimas e sobre proteção infantil, e em todos os assuntos que afetam a criança.

Especialmente nos Comentário Gerais 7, 12 e 20, o Comitê indica que as capacidades evolutivas da criança podem ser concebidas a partir de três categorias gerais: (1) um *princípio habilitador*, que viabiliza o exercício pessoal dos direitos pela criança; (2) um *princípio interpretativo*, que serve

para interpretar as disposições da CDC; (3) e um *princípio político*, que serve de orientação para os Estados na formulação de programas e de políticas públicas sobre os direitos da criança.

Enquanto princípio habilitador, as capacidades evolutivas cumprem quatro funções: (1) afirmam a criança como titular de direitos humanos, reconhecendo que, à medida que elas crescem, desenvolvem-se e amadurecem, adquirem capacidades para exercer níveis crescentes de agência sobre os seus direitos; (2) promovem a autonomia das crianças nas tomadas de decisão; (3) reconhecem que todas as crianças, mesmo as muito pequenas, podem participar na promoção e proteção dos seus próprios direitos e (4) sedimentam o papel dos pais e responsáveis legais enquanto portadores de deveres, competindo-lhes fornecer orientação e direção para amparar a criança no exercício e no gozo dos seus direitos (VARADAN, 2019).

Em relação à primeira e à segunda função, consoante o Comitê (2005; 2016), as capacidades evolutivas referem-se aos processos de amadurecimento e de aprendizado por meio dos quais as crianças adquirem, progressivamente, conhecimento, competências e níveis cada vez maiores de agência para se tornarem responsáveis pelas decisões tomadas e exercerem pessoalmente seus direitos. Ainda, o Comitê (2005) ressalta que o respeito às capacidades evolutivas da criança é especialmente significante durante a primeira infância, que corresponde ao período do nascimento até os 8 anos de idade, em razão da rápida transformação física, cognitiva, social e emocional da criança.

Nesse sentido, o artigo 5º da CDC reconhece o papel ativo da criança nas tomadas de decisão de modo que, uma vez demonstrada as habilidades decisionais requeridas, lhes seja permitido assumir paulatinamente as responsabilidades correlacionadas. Dessa forma, enquanto uma criança pequena demanda maior orientação no exercício dos seus direitos, um adolescente precisará de aconselhamento compatível com a promoção da sua agência. Em relação ao adolescente, o exercício progressivo da sua autonomia contribui para sua própria proteção. Assim, especialmente quanto ao direito à saúde, o Comitê (2003) estabelece que os Estados devem considerar as capacidades dos adolescentes e envolvê-los no desenvolvimento de medidas e de programas destinados a protegê-los.

O reconhecimento das capacidades evolutivas não exime os Estados do seu dever de proteção, ao contrário, em consideração aos melhores interesses da criança, os Estados devem adotar medidas legislativas e administrativas para protegê-las da violência física e psicológica, da exploração econômica, do abuso sexual, dentre outras práticas que possam lhe causar dano (ELER, 2020). Com efeito, é necessário buscar o equilíbrio entre o respeito às capacidades evolutivas e os níveis adequados de proteção da criança, devendo ser considerados fatores que podem afetar a tomada de decisão. Por exemplo, o nível de risco envolvido, o potencial para exploração, a compreensão do

desenvolvimento infantil, a consideração da experiência e capacidade individual e, ainda, o reconhecimento de que a capacidade decisional não necessariamente se desenvolve igualmente para todas as áreas. Quanto ao último ponto, sublinha-se que as pessoas podem ser capazes para tomar decisões afetas a certas dimensões da vida, tal como o âmbito financeiro e dos cuidados em saúde, e, ao mesmo tempo, incapazes para decidir em relação a outras dimensões (ALBUQUERQUE, 2018).

Na terceira função, o Comitê (2009) relaciona as capacidades evolutivas da criança ao seu direito à participação de modo que o envolvimento das crianças nos assuntos que a afetam é o instrumento através do qual ela é estimulada para desenvolver sua personalidade e suas capacidades.

Portanto, o artigo 5º, conjuntamente com o artigo 12 da CDC institui o regime da capacidade jurídica da criança e revoluciona o tema, pois não é necessário que a criança alcance a maioridade (18 anos) para, a partir de então, começar a exercer pessoalmente seus direitos (ELER, 2020). Nesse sentido, o Comitê (2009) orienta que medidas sejam implementadas pelos Estados para permitir que as crianças contribuam com suas opiniões e experiências no planejamento e programas de serviços, especialmente, no contexto da saúde, a fim de promover suas capacidades para assumir níveis crescentes de responsabilidade por sua própria saúde e desenvolvimento.

Com base nos Comentários Gerais produzidos pelo Comitê Sobre os Direitos da Criança, torna-se evidente que a criança, sob a perspectiva dos direitos humanos, jamais será vista como uma pessoa incapaz. Impõe-se, dessa forma, um ônus para os pais e para o Estado que devem admitir que as crianças assumam progressivamente a responsabilidade pelas decisões sobre as quais elas demonstram estar aptas e dispostas a tomar (ELER, 2020).

Na mesma direção, ao tratar da quarta função do termo, o Comitê (2009) explica que as capacidades evolutivas informam como os pais ou responsáveis legais irão prover orientação e direção para a criança. Isso significa que os pais devem oferecer orientação e direção centrados na criança, através do diálogo e do exemplo, promovendo suas capacidades para o exercício pessoal de direitos. Toda orientação que for dada precisa refletir as necessidades únicas da criança e considerar o desenvolvimento das suas capacidades, bem como promover esse desenvolvimento. Assim, a direção dos pais precisa ser continuamente ajustada para permitir que paulatinamente a criança, conforme sua maturidade, assuma níveis crescentes de agência e de responsabilidade no exercício dos seus direitos.

O Comitê (2009), esclarecendo esse ponto, aduz que quanto mais a própria criança souber, tiver experiência e compreender determinado assunto, mais os pais ou responsáveis poderão transformar a direção e a orientação em lembretes e conselhos. Ou seja, a autoridade parental cede lugar à influência e a tomada de decisão substituta passa a ser tomada de decisão compartilhada (ELER,

2020). Evidentemente, essa transformação não ocorrerá em um ponto fixo no desenvolvimento de uma criança, mas aumentará constantemente à medida que ela for incentivada a contribuir com seus pontos de vista.

O art. 5º, assim:

> contém o princípio de que os pais (e outros) têm a responsabilidade de ajustar continuamente os níveis de apoio e de orientação que oferecem a uma criança. Esses ajustes devem levar em consideração os interesses e desejos da criança, bem como suas habilidades para tomar decisões autônomas e para compreender os seus melhores interesses" (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2005) (para.17).

Além de ser um principio habilitador, as capacidades evolutivas da criança também se apresentam como um princípio interpretativo. O termo foi empregado pelo Comitê para auxiliar a interpretação de pelo menos quatorze dispositivos da CDC, quais sejam: artigo 2.º (direito à não discriminação), artigo 3.º (melhores interesses da criança), artigo 6.º (direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento), artigo 8º (direito à preservação da identidade), artigo 12 (direito à participação), artigo 13 (direito à liberdade de expressão), artigo 14 (direito à liberdade de pensamento, consciência e religião), artigo 16 (direito à privacidade), artigo 17 (direito à informação), artigo 18 (responsabilidades parentais), artigo 24 (direito à saúde), artigo 27 (direito ao padrão adequado de vida), artigo 29 (direitos à educação), artigo 31 (direito ao lazer) (VARADAN, 2019).

Apesar disso, capacidades evolutivas da criança não constituem um princípio geral de interpretação da CDC, pois, conforme o Comentário Geral No. 5 (2003), esses princípios fundamentais estão expressos no art. 2 (direito à não discriminação); art. 3.1 (princípio dos melhores interesses); art. 6 (direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento); art. 12 (direitos à participação). No entanto, pela gama de direitos listados, pode-se afirmar que as capacidades evolutivas têm funcionado, ao longo dos anos, como um princípio geral a informar a melhor compreensão dos direitos previstos na CDC, incluindo aqueles direitos que foram inicialmente estabelecidos como princípios gerais. Essa repercussão das capacidades evolutivas da criança não teria sido prevista em 1991 quando os membros do Comitê se reuniram pela primeira vez para debater os princípios que seriam os norteadores da CDC.

Por fim, as capacidades evolutivas correspondem a um princípio norteador para a formulação de políticas públicas. As crianças têm o direito de serem envolvidas nas discussões de todos os assuntos que as afetam, consequentemente, políticas públicas que materializam os direitos da criança devem contar com sua participação e incorporar suas contribuições. Ainda, embora não haja idade para o exercício do direito à participação, o Comitê, no Comentário Geral No. 4 (2003),

recomenda que os Estados adotem idades mínimas para o consentimento sexual, para o casamento e para o consentimento ou recusa sobre cuidados em saúde.

Em suma, sob o referencial teórico-normativo dos direitos humanos, a criança é uma pessoa com capacidades evolutivas, sendo-lhe garantido o reconhecimento das suas habilidades para participar das tomadas de decisão de acordo com sua vontade e preferência. Assim, por não ser objeto de proteção e "propriedade" dos pais ou do Estado, antes um sujeito de direitos, qualquer regime jurídico quanto à capacidade da criança deve partir do pressuposto do desenvolvimento progressivo das suas habilidades decisionais.

5. REVISÃO DO MODELO BRASILEIRO DE CAPACIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA A PARTIR DO REFERENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Se por um lado, a CDC reconheceu as crianças como sujeitos de direitos, incorporando a natureza evolutiva da infância no que tange às suas capacidades, observa-se que, ainda em muitas legislações, as crianças continuam sendo consideradas juridicamente incapazes e, consequentemente, alijadas do exercício pessoal dos seus direitos. É o que ocorre no Direito brasileiro que instituiu o regime das incapacidades ao dispor no art. 3º do Código Civil que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil; e, em seu art. 4º, que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e aos viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos são considerados relativamente incapazes. Percebe-se que para o Direito Civil a vontade de uma pessoa só irá produzir efeitos jurídicos se ela for considerada capaz.

O regime das incapacidades, enquanto reflexo da própria construção do Direito Civil, foi estruturado tendo por fundamento dois grandes pilares, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio (TEPEDINO, 1999). Esse regime, embora tenha passado por algumas modificações, por ser produto das codificações de matiz oitocentista que colocavam o patrimônio como noção nuclear das relações privadas, é insuficiente para proteger a pessoa, posto que não tem como fundamento a dignidade humana, a autonomia pessoal, a não discriminação e outras prescrições de direitos humanos como seus norteadores (ALBUQUERQUE, 2018). Não obstante a maioria dos civilistas contemporâneos defenda a releitura de todos os institutos do Direito Civil a partir dos valores constitucionais, de modo a respeitar a dignidade humana, e ressalte a excepcionalidade da incapacidade do adulto e sua aplicação apenas para o exercício das situações jurídicas patrimoniais, excluindo-se as relações jurídicas existenciais, como no exemplo dos direitos de personalidade; não se verifica entre os

civilistas, mesmo os mais progressistas, a defesa das capacidades evolutivas da criança, a abolição da divisão entre incapacidade absoluta e relativa e a supressão da declaração da incapacidade legal, tal como sustentam Albuquerque (2018) e Eler (2020).

Ao contrário, a doutrina civilista, desprovida de embasamento científico, permanece defendendo o regime das incapacidades, tal como posto no Código Civil, sob a justificativa de que "o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p.322).

A doutrina civilista justifica a incapacidade do adulto e da criança em função da ausência de discernimento da pessoa, que é comumente entendido como "a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade" (MORAES, 2010, p. 191). A título de exemplo, Moraes (2010, p. 192) explica que "quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos" e que a "capacidade se funda no discernimento, na racionalidade do sujeito".

Ocorre, contudo, que essa noção de discernimento é bastante imprecisa e sua vinculação à capacidade não encontra fundamento científico. Assim, as pessoas são declaradas incapazes sem qualquer evidência científica que embase o que seja "discernimento" e sem qualquer avaliação concreta das suas habilidades decisionais a partir de instrumentos validados como o MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment – MacCAT-T, o teste mais difundido no mundo para a avaliação da capacidade mental. A partir da aplicação do MacCAT, por exemplo, estudos indicaram que crianças maiores de 12 anos possuem as habilidades necessárias para tomar decisões médicas, sendo que, a partir dos 14, 15 anos, a capacidade de tomar decisões informadas é comparável à dos adultos (ELER, 2020).

Ainda, com relação à criança, o Enunciado 138 da 3ª Jornada de Direito Civil estabelece que "a vontade dos absolutamente incapazes em razão da idade é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto". Observa-se que as referências no ordenamento jurídico brasileiro à valorização da vontade da criança nos assuntos que dizem respeito aos seus interesses são reduzidas e genéricas, pois não é informado como se dará a valorização dessa vontade; qual será o seu peso na decisão final; o que ocorrerá na hipótese de uma vontade da criança contrária à vontade dos seus pais ou responsáveis; e o que significa discernimento. Além disso, a literatura civilista no Brasil sequer menciona o direito ao reconhecimento das capacidades evolutivas e o direito à participação da criança em todos os assuntos que a afetam cujo significado extrapola a mera manifestação de vontade (ELER, 2020).

Em síntese, no Direito Brasileiro, apenas a partir dos 18 anos a pessoa é considerada capaz para todos os "atos da vida civil", limite arbitrário que desconsidera as pesquisas na área do desenvolvimento infantil e as habilidades decisionais da criança. Além disso, a limitação do exercício pessoal dos direitos da criança não vem acompanhada de estratégias para promover sua agência ou oportunidades para que a criança desenvolva e demonstre suas habilidades. Várias pesquisas trazidas por Lansdown (2005) revelam que as crianças conseguem, quando estimuladas, exercer sua agência e desenvolver estratégias para sua própria proteção. A recusa em permitir que as crianças participem das tomadas de decisão sobre as quais elas sentem-se capazes para fazer não necessariamente as protege, pois elas ficam desprovidas de informações e de experiências para tomarem decisões ao longo da vida. A proteção da criança deve ser feita de um modo que reconheça suas capacidades evolutivas e seus direitos humanos, principalmente aqueles que lhe conferem a possibilidade de adotar uma postura mais ativa nos assuntos que a afetam diretamente.

A constatação de que as crianças não adquirem habilidades decisionais meramente como consequência da idade, mas sim através da experiência, da cultura e das medidas de apoio ofertadas pelos pais e pelos cuidadores, tem implicações para determinar a estrutura legal mais eficaz para respeitar o seu direito de participar e assumir responsabilidades pelas decisões que demonstrem estar aptas para tomar.

Portanto, o Direito Brasileiro ao desconsiderar as capacidades evolutivas da criança, negando-lhes a oportunidade de contribuir para seu próprio bem-estar é contrário à perspectiva estabelecida pelos direitos humanos quanto à capacidade jurídica da criança. Dessa forma, deve ser assegurada à criança a assunção gradual do direito de exercer seu poder decisório conforme o desenvolvimento das suas habilidades decisionais, em suma, conforme suas capacidades evolutivas.

Tendo em vista que o modelo de capacidade jurídica do direito brasileiro foi construído com o objetivo de proteger o patrimônio e bens pessoais, sustenta-se a adoção do regime de direitos humanos da capacidade jurídica para que a criança não seja tratada como incapaz, mas como uma pessoa com capacidades em evolução que devem ser avaliadas no contexto em que está inserida. Isso significa que o exercício pessoal dos direitos da criança se dará de acordo com suas capacidades em evolução.

A CDC, ao reconhecer as capacidades evolutivas da criança (art. 5º) para exercer seus direitos e o seu direito de ter suas opiniões consideradas nos assuntos que as afetam (art. 12), introduz um desafio aos modelos legais sobre capacidade jurídica da criança. De fato, não é possível definir com

exatidão uma idade na qual todas as crianças estarão aptas para tomar uma decisão, porquanto inexiste um ponto fixo no desenvolvimento da criança no qual é possível afirmar sua capacidade plena. Por outro lado, embora o amadurecimento da criança seja gradativo, a remoção de todos os limites legais de idade demonstrou ser impraticável e prejudicial em razão do seu potencial para expor as crianças à exploração e ao abuso dos seus direitos (ELER, 2020).

Dessa forma, de modo a balancear o reconhecimento das habilidades decisionais da criança e a proteção dos seus melhores interesses, novos enquadramentos legais para a capacidade jurídica da criança têm sido propostos. Esses modelos preveem limites de idade, mas asseguram, igualmente, o exercício pessoal do direito pela criança que demonstre ser capaz para tanto, mesmo fora do limite de idade estabelecido. Ou seja, há a estipulação de idades mínimas, que pode ser de maneira geral para todos os assuntos ou conforme determinada matéria, não se excluindo a possibilidade da criança, que não tem a idade fixada, comprovar sua habilidade decisional através da avaliação da sua capacidade decisional.

Assim, por exemplo, na Escócia, crianças a partir dos 12 anos de idade são presumidamente capazes de formular pontos de vista que serão obrigatoriamente considerados em todas as decisões que lhe concernem. No Reino Unido, os adolescentes de 16 e 17 anos presumem-se legalmente capazes para consentir sobre sua própria saúde, salvo se o contrário for demonstrando, sendo assegurado esse direito também aos menores de 16 anos que apresentem habilidades decisionais para tanto (competência Gillick). Da mesma forma, na Nova Zelândia, a legislação permite que crianças a partir dos 16 anos consintam acerca dos tratamentos em saúde, devendo esse limite etário ser desconsiderado se a criança demonstrar capacidade para decidir sobre seus cuidados (ELER, 2020).

A previsão de idades mínimas para a realização dos direitos da criança está em consonância com as determinações do Comitê (2003; 2005; 2009) e, nesse sentido, a UNICEF (2016), a partir de uma revisão da situação da América Latina e do Caribe, apresentou estudo sobre as idades mínimas legais para o casamento, para o consentimento sexual, para o consentimento médico, para admissão ao emprego, para a educação obrigatória e para a responsabilidade penal. Observa-se que para cada área da vida da criança, há um exame dos fatores que devem influenciar a previsão da idade mínima que se considera adequada para o exercício pessoal dos direitos.

O conceito de capacidades evolutivas da criança, como visto, tem profundas implicações no exercício dos direitos humanos da criança e consolida o entendimento referendado por pesquisas empíricas que as habilidades decisionais se desenvolvem de forma dinâmicas (ELER, 2020; RUHE, 2019; COYNE, 2016). Assim, enxergar a capacidade da criança estaticamente representa uma falha, pois deixa de refletir o processo de desenvolvimento no qual ela se encontra. Dessa forma, a

previsão legal genérica da incapacidade jurídica da criança, como ocorre no direito brasileiro, encontra-se em desconformidade com o referencial dos direitos humanos, porquanto desconsidera as capacidades evolutivas da criança e, portanto, a avaliação das suas habilidades decisionais nas diversas áreas em que atua, o que demanda a revisão aqui proposta.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os maiores obstáculos ao reconhecimento da capacidade da criança surgem de preconceitos quanto à sua maturidade e da visão paternalista de que, dada sua inexperiência, as crianças são vulneráveis e, por isso, devem ser protegidas. Embora, de fato, as crianças sejam vulneráveis e seus interesses devam ser protegidos, isso não anula sua autonomia que, enquanto condição humana básica, pode ser promovida, inclusive para incrementar a proteção da própria criança.

A CDC foi o primeiro instrumento internacional a reconhecer explicitamente a criança como titular de direitos e, de modo bastante inovador, assegurou às crianças, em seu artigo 5º, o exercício pessoal dos seus direitos conforme o desenrolar das suas capacidades evolutivas. Assim, afastando-se da concepção dicotômica que considera uma pessoa capaz ou incapaz, segundo a CDC, a criança não é um incapaz, mas uma pessoa com capacidades em evolução.

O termo evidencia o processo dinâmico de desenvolvimento da criança que, progressivamente, adquire habilidades para exercer seus direitos e agir em prol da sua própria proteção.

Sob o enfoque dos direitos humanos, a criança é um agente ativo com condições de contribuir nas decisões que a afetam diretamente, cabendo aos adultos estimular sua participação e promover sua capacidade. A capacidade, dessa forma, é relacional e não pode ser entendida como localizada unicamente na pessoa, porquanto depende especialmente do ambiente em que o indivíduo se encontra, ou seja, dos apoios que recebe para maximizar sua capacidade. Nesse sentido, fornecer apoio e informação às crianças aumentará sua capacidade e as habilidades necessárias para tomada de decisão.

Não obstante a CDC esteja em vigor desde o ano de 1990 e tenha o *status* de norma supralegal no ordenamento brasileiro, é surpreendente o desconhecimento das suas provisões pela maioria dos estudiosos do Direito, o que tem culminado em violação dos direitos humanos da criança. Além disso, é evidente a completa ignorância quanto às pesquisas sobre desenvolvimento infantil que, reiteradamente, demonstram que as crianças, longe de serem incapazes para tomar decisões, respondem aos estímulos provocados pelo ambiente, envolvendo-se ativamente de forma intencional até mesmo na primeira infância.

A ausência de compreensão acerca da natureza das capacidades evolutivas da criança gera um processo de discriminação e de objetificação da criança, pois a criança é alijada do exercício pessoal de uma série de direitos humanos e da sua autonomia tão somente em razão da sua idade, o que é claramente discriminatório e contrário à CDC. Além disso, observa-se que, no contexto brasileiro, são desconsideradas as recomendações do Comitê sobre os Direitos da Criança segundo o qual, em todos os processos relativos à criança, sua capacidade deverá ser avaliada por profissionais com treinamento especializado em instrumentos de avaliação de capacidade decisional, em direitos humanos da criança e em desenvolvimento infantil. Reconhece-se que, para tanto, é necessário investimento significativo, todavia, trata-se de obrigação essencial que os Estados assumiram quando ratificaram a CDC. Portanto, é imprescindível implementar a revisão do modelo brasileiro de capacidade jurídica da criança a partir do referencial dos direitos humanos, proposto neste trabalho, de modo que haja adequação às disposições vinculantes estabelecidas pela CDC.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BUCK, Trevor. **International child law**. 3th. ed. New York: Routledge, 2014.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **General Comment No. 4: Adolescent Health and Development in the context of the Convention on the Rights of the Child**, 2003. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/GC4.pdf. Acesso em 22 jan. 2024.

_____.**General comment No.5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child**, 2003. Disponível em: https://www.refworld.org/docid/4538834f11.html. Acesso em 22 jan. 2024.

_____.**General Comment 7: Implementing Child Rights in Early Childhood**, 2005. Disponível em: https://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html. Acesso em 22 jan. 2024.

_____.**General Comment No. 12. The right of the child to be heard**, 2009. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf. Acesso em 22 jan 2024.

_____.**General Comment No. 20:On the implementation of the rights of the child during adolescence**, 2016. Disponivel em: https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementation-rights. Acesso em 22 jan. 2024.

COYNE, Imelda; et. al. Interventions for promoting participation in shared decision- making for children with cancer (Review). **Cochrane Database Syst Rev**,2016. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6734120/. Acesso em 22 jan. 2024.

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

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

LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child.** UNICEF, 2005. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>. Acesso em 22 jan 2024.

MILNE, Brian. **The History and Theory of Children's Citizenship in Contemporary Societies**. New York: Springer, 2013.

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

RUHE, Katharina M., et al. Relational Capacity: Broadening the Notion of Decision-Making Capacity in Paediatric Healthcare. **Journal of Bioethical Inquiry**, v.13, n.4, p.515-524, 2016.

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

UNICEF. **Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes: Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe**, 2016. Disponivel em: https://www.unicef.org/lac/media/6766/file/PDF%20Edades%20m%C3%ADnimas%20legales.pdf. Acesso em 22 jan. 2024.

VAN BUEREN, Geraldine. **The international law on the rights of the child**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998.

VARADAN, Sheila. The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child. **International Journal of Children's Rights**, 27, 2019, p. 306-338.

Sobre o autor:

Kalline Eler
Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em Bioética e Direitos Humanos pela Universidade de Brasília. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito do Paciente. Coordenadora do Observatório Direitos do Paciente. Autora do livro: Capacidade Jurídica da Criança e do Adolescente na Saúde. Possui linha de pesquisa em Direitos Humanos e Bioética, Direitos Humanos e Saúde, Direitos do Paciente, Direitos da Criança e do Adolescente.
Universidade federal de Juiz de Fora
E-mail: kalline.eler@ufjf.br