

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-435-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4.

Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

**O DEPOIMENTO INFANTIL EM JUÍZO CRIMINAL: UMA ANÁLISE DA
RECOMENDAÇÃO N. 33 DO CNJ E A POSITIVAÇÃO ATRAVÉS DA LEI N. 13.431
/2017**

**CHILDREN TESTIMONY IN COURT: ANALYZING RECOMENDATION N. 33
FROM CNJ AND ITS EFFECTVIENESS TRHOUGH DECREE N. 14.431/2017**

**Mayra dos Santos Zavattaro ¹
Gustavo Noronha de Avila ²**

Resumo

A criança e o adolescente possuem proteção constitucional específica, e a política direcionada a esse público vulnerável específico deve se pautar sempre na doutrina da proteção integral. Nesse contexto, surge a modalidade conhecida como depoimento especial, destinada a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, consistente . O método consiste na escuta diferenciada, através de profissionais especializados, da vítima, tendo em vista essa peculiar fase da vida e a delicada posição de ofendido. Destina-seEntretanto, é preciso compreender em qual medida esta técnica encontra compatibilidade com nosso ordenamento processual penal.

Palavras-chave: Criança, Depoimento especial, Prova

Abstract/Resumen/Résumé

Children and teenagers have specific constitutional protection, and the policies directed to this vulnerable special people shall always be aware of the whole protection doctrine and the priority of your interest. In this context, it comes the method known as “special testimony”, through which children and teenagers who are victims of abuse are heard, especially sexual abuse. The method consists in the hearing, through a health professional, of the victim in special conditions of development, considering this peculiar phase of life and the delicate position of the victim.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Children, Criminal evidence, Testimony

¹ Juíza Substituta no Estado do Paraná. Mestranda em Ciências Jurídicas no Unicesumar.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar. Bolsista Produtividade do ICETi. Professor do Curso de Direito da UEM.

INTRODUÇÃO

O depoimento especial da criança e do adolescente se trata de método que vem sendo implantando pelos tribunais nacionais para efetivar o direito da criança e do adolescente, reconhecido através de documentos internacionais, de serem ouvidas em qualquer processo de seu interesse. O método foi desenvolvido inicialmente, no Brasil, pelo Juiz, atualmente Desembargador vinculado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Antônio Daltoé César, tendo como cooperadores do Poder Judiciário profissionais da saúde, em especial do Serviço Social e da Psicologia.

A principal meta do depoimento especial é não submeter a criança e o adolescente, vítimas de abuso, em especial abusos sexuais, e muitas vezes por parte de familiares e pessoas de seu convívio, à revitimização e maior constrangimento, naturalmente presente no ambiente forense, em que se encontram juiz, promotor, advogado e suposto ofensor. Tem-se em vista que o crime, em si, produz a vitimização primária, e a submissão das vítimas ao processo penal, ocasiona a vitimização secundária. É justamente este segundo aspecto que deve ser prevenido pelo depoimento especial.

O presente artigo busca abordar essas questões, pela afirmação e negação da oitiva da criança em juízo, como testemunha ou vítima no processo penal. Assim também, pretende-se fazer uma leitura da nova legislação abordando a oitiva da criança em procedimentos criminais, em face de seus direitos. A pesquisa foi feita a partir do método hipotético-indutivo, utilizando-se da compilação de doutrina, legislação e jurisprudência.

1 O DEPOIMENTO DA VÍTIMA COMO PROVA

Quando a criança é vítima de um fato criminoso, sua oitiva será essencial para o esclarecimento e responsabilização do ofensor no âmbito penal. De acordo com o Artigo 201 do Código de Processo Penal, o ofendido será ouvido sempre que possível. A importância de suas declarações se estampa no artigo

400 do mesmo diploma, segundo o qual o ofendido será o primeiro a ser ouvido ao se iniciar a audiência de instrução.

A prova oral – a oitiva da vítima e testemunha –, portanto, é considerada a mais impactantes das provas penais, apesar de o sistema tarifado de prova há muito já ter sido extinto. Nesse sentido, tem-se que, em pesquisa sobre a importância da prova testemunhal no processo brasileiro, 90,3% dos aplicadores do Direitos, participantes, responderam que a prova testemunhal tem “muita importância” no processo penal, enquanto 6,5% responderam que “não tem muita nem pouca importância” e apenas 3,2% responderam que “tem pouca importância”(1).

No entanto, a prova testemunhal depende diretamente da memória da pessoa ouvida e, a memória não funciona como uma câmera filmadora que repassa no cérebro da testemunha ou vítima tudo aquilo que presenciou automaticamente, assim que questionado (2). De outro lado, a prova penal dependente da memória deveria ser considerada como prova irrepitível (3), uma vez que a verdade é relativa, de acordo com quem a reproduz, e para quem é reproduzida.

Além disso, o fator tempo irá naturalmente condicionar a (im)possibilidade da produção da prova, sendo o intervalo entre o fato e a produção daquela essencial para a resolução do caso: com o decurso do tempo, a memória do indivíduo vai descartando as informações que não interessam, e também vai acrescentando detalhes falsos que tornam a lembrança mais viva (4). Aqueles acontecimentos imediatos após a vivência do acontecimento que se pretende recordar a partir da recuperação da memória também podem fortalecer ou enfraquecer o processo de fixação (5).

Ao estudar os fenômenos da memória humana, facilmente se conclui pela impossibilidade de reprodução, dentro do sistema penal, do que realmente ocorreu. A falácia da verdade real serve como conforto ao julgador que condena e absolve, sendo que decide com base na verdade processual, de acordo com o que consta no caderno investigatório e processual, muitas vezes baseando-se em mentiras (7).

Quando as crianças são apresentadas como vítimas de um crime, geralmente, tratam-se de crimes sexuais. Como é sabido, a palavra da vítima, em apuração da prática de crimes dessa natureza, tem especial relevância, uma

vez que ocorrem, em regra, de forma discreta, à ausência de outras testemunhas oculares, que possam esclarecer os fatos (8).

A oitiva de uma vítima adulta, que sofreu violação sexual, reveste-se de especial constrangimento em função dos possíveis traumas com ela carregados. Quando falamos de uma criança, ainda em formação e desenvolvimento, no lugar de vítima, a situação se torna ainda mais delicada.

2 A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DA CRIANÇA EM CRIMES SEXUAIS

Em função de seu estágio de desenvolvimento biopsicossocial, não é possível aplicar os mesmos procedimentos de entrevista previstos para os adultos, à criança. Seguir rigorosamente a sistemática prevista no Código de Processo Penal pode causar danos maiores do que os sofridos com a prática delitiva.

Ressalte-se que, em algumas oportunidades, a criança sequer percebe que está sofrendo um abuso, não percebe a maldade no toque ou abordagem de pessoa de seu convívio, o que é apontado por outro adulto, passando a criança a enxergar a violação e passando a se sentir violada a partir do comportamento do terceiro observador (9). A qual custo buscamos produzir a prova contra o agressor sexual?

A vulnerabilidade da criança e a dificuldade em reproduzir os fatos que ocorreram consigo refletem diretamente na proteção de seu direito à integridade física e moral, uma vez que dificultam a colheita da prova na hipótese de ser desencadeada a persecução penal. O baixo índice de inquéritos que se tornam ações penais, e de ações penais com prolação de sentença condenatória nos casos de abuso sexual de vulneráveis são notórios (10).

É preciso minimizar os danos sofridos diante de tamanha violência, e o simples fato de submeter a criança ou adolescente a oitiva, em frente ao Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Advogado e muitas vezes ao acusado, em um ambiente tão formal quanto a sala de audiência de um Fórum, indica a revitimização, e a renovação da angústia, medo e sequelas daquela primeira violação.

Em se tratando o ofendido de criança, sua oitiva se torna mais delicada, inclusive tendo em vista o elevado número de casos em que o agressor é pessoa

próxima da criança, muitas vezes parte da família. A vitimização secundária é imensurável:

Théry (1992), considera que ao exercer o direito de testemunhar (que pressupõe responsabilidade civil e capacidade jurídica), mesmo com cuidados especiais na sua escuta, a criança perde o direito à infância, exercendo funções que são de responsabilidade dos adultos. A autora sugere uma maior participação da família nos processos, para zelar pelos direitos da criança ou do adolescente em condições peculiares de desenvolvimento (11).

No tocante ao abuso sexual de crianças e adolescentes, e vitimização primária, destacam Naura liane de Oliveira Aded, Bruno Luís Galluzzi da Silva Dalcin, Talvane Marins de Moraes e Maria Tavares Cavalcante: "(...) quanto mais frequente e persistente, piores os problemas psíquicos, comportamentais e de relacionamento. As sequelas levariam as vítimas de abuso a comportamentos criminosos de transgressão dos costumes" (12).

A vitimização primária ocorre quando do próprio abuso contra a criança, com a violação de seus direitos e bens jurídicos pelo ofensor, autor do delito. De outro lado, sua submissão ao processo penal e ao aparato estatal, invariavelmente a submete a uma vitimização secundária, por ser vista como mero objeto de prova, e não como sujeito de direitos (13). A busca pela punição pode violar a integridade psicológica de qualquer vítima:

A forma como as audiências rotineiramente se realizam determina, na maior parte dos casos, que crianças e adolescentes nada falem, muitas vezes chorem e fiquem emocionalmente impedidas de apresentarem um relato minimamente lógico (dentro das condições pessoais do depoente) e aceitável, fiquem tensas e amedrontadas, circunstâncias essas que inviabilizam a responsabilização do abusador, ante a fragilidade da prova produzida (14).

Diante disso é que vem sendo implantado, em diversos Tribunais de Justiça, a modalidade "depoimento especial", em que as circunstâncias de revitimização seriam, em tese, minimizadas. Vejamos, então, as características desta espécie de depoimento.

3 O DEPOIMENTO ESPECIAL

Como se sabe, durante a audiência tradicional, a vítima chega ao fórum no mesmo horário em que todas as demais testemunhas, réu e advogado,

permanecendo no corredor afora da sala de audiência até que seja chamada. Assim, encontra-se com seu suposto ofensor e é colocada perante as partes, quando chega o momento de sua oitiva, em um ambiente hostil e amedrontador até mesmo para adultos.

O ambiente, por si só intimidador, e repleto de figuras de autoridade, causa embaraço e constrangimento. Em função disto, acaba por ser pouco produtivo para a colheita da prova e nulo no que toca à preservação do direito da criança ou adolescente.

Com a técnica do depoimento especial, contudo, a oitiva da vítima se dá por intermédio de um profissional de outra área, propiciando interação interdisciplinar. Este profissional pode ser psicólogo ou assistente social, agindo como se fosse intérprete do Juiz e das partes, com a finalidade da coleta probatória.

De acordo com aqueles que defendem a implantação dessa modalidade, a aplicação do artigo 223 do Código de Processo Penal se daria por analogia. Segundo o *caput* do dispositivo: *“Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas”*.

Portanto, o profissional que realiza a escuta da vítima criança seria equiparado a esse intérprete do Juízo. Este possui formação técnica para obter as informações relevantes ao processo sem que com isso, em tese, abale outros direitos de integridade do infante.

Nesse diapasão, importante registrar também que a linguagem da criança, a depender de seu grau de maturidade e desenvolvimento, pode ser ininteligível para os profissionais do Direito. Para os profissionais auxiliares, ao contrário, existe formação para se adaptarem a essa linguagem peculiar das crianças e adolescentes. Isto, claro, não os dispensa da necessidade de realizar capacitação específica para adequar seus procedimentos ao *estado da arte* da psicologia do testemunho.

A fim de evitar a revitimização da criança e reduzir os danos causados a ela, em especial psicológicos, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação nº. 33 de 23/11/2010, sugeriu a adoção da prática conhecida por “depoimento especial” pelos Tribunais de Justiça do Brasil. Esta foi a porta de entrada legislativa para este procedimento em nosso país.

De acordo com tal recomendação, a oitiva da criança ou do adolescente, em Juízo, se dará com a intervenção de profissional da saúde capacitado, seja psicólogo ou assistente social, em sala adequada para tanto. Fala-se em sala lúdica, em que são dispostos móveis e brinquedos que deixem a oitiva menos constrangedora. Nessa sala haverá sistema de som e imagem.

Na sala de audiência, através de sistema de som e vídeo, permanecem juiz, promotor de justiça, acusado e defensor, apenas acompanhando a oitiva da vítima, pelo profissional da saúde. Podem ser elaboradas perguntas pelas partes, que são repassadas ao profissional que se encontra na sala com a vítima, e faz os questionamentos de forma a não a constranger.

O método sugerido busca também revelar a aproximação da narrativa da denúncia oferecida aos fatos passados, sem que haja maior trauma para a criança. Tendo em vista a especial condição da criança em desenvolvimento, sabe-se que pode haver confusão entre a realidade, a fantasia, a verdade segundo a percepção da criança e a verdade no mundo real. A criança, inclusive, pode confundir a verdade com uma história que lhe foi contada diversas vezes (15). Ainda, em se tratando de crianças mais novas, deve se ter em pauta que sua capacidade de armazenamento e recuperação da memória, apesar de muito eficaz, está em desenvolvimento:

Porém, somente com o avanço da idade a criança vai desenvolvendo a habilidade de extrair o significado das experiências e, conseqüentemente, aprimorando a memória de essência. Deste modo, a idade desempenha um importante papel na memória das crianças, pois ela está relacionada com outros aspectos que influenciam a qualidade e quantidade das lembranças recuperadas. Dentre esses se destacam o desenvolvimento da linguagem, o conhecimento prévio, a capacidade de compreensão de um determinado evento e a efetividade das estratégias de recuperação utilizadas (16).

Através da técnica do depoimento especial, com o intuito de preservar a qualidade da prova, e a idoneidade da narrativa da criança vítima, utiliza-se a entrevista cognitiva, composta por cinco etapas (17). Analisaremos cada uma delas a seguir.

A primeira etapa consiste em acolhimento inicial da criança, que chega ao fórum trinta minutos antes do horário designado para a audiência, evitando-se que encontre seu agressor. Nessa oportunidade, permanece com a criança, na sala especial, o adulto por ela responsável. Busca-se conhecer a capacidade de

linguagem da criança, e criar uma atmosfera convidativa e confiante para ela, esclarecendo o papel de cada profissional envolvido na oitiva, inclusive daqueles que permanecerão na sala de audiência. Também se constrói o *rapport*, atualizando-se dados acerca da vida pessoal da criança. A segunda etapa dá início à gravação de áudio e vídeo e à audiência. Quem detém o controle do desenrolar dos atos é a criança, cabendo a ela descrever os fatos e acontecimentos de acordo com seu nível cognitivo, e com suas próprias expressões. O profissional da saúde atua como facilitador. “A técnica envolve uma reconstituição mental do(s) evento(s) abusivo(s), incluindo recordar o ambiente físico, a situação pessoal naquele momento, as emoções experimentadas” (18).

A terceira etapa consiste em narrativa livre por parte da criança; e, a quarta etapa envolve os questionamentos acerca de eventuais detalhes que tenham que ser esclarecidos, a partir de perguntas abertas, elaboradas pelo psicólogo ou assistente social, mesmo que sejam repassadas pelo juiz, promotor ou defensor.

A quinta e última etapa é o acolhimento final, em que o entrevistador, já com o sistema de áudio e vídeo desligados, deixa a criança e seu responsável cientes sobre o contexto da entrevista. Nessa oportunidade, caso verificada pelo entrevistador a necessidade de acompanhamento profissional da vítima a fim de minimizar danos, essa será encaminhada.

Desta forma, a Entrevista Cognitiva proporcionará informações em melhor qualidade e em maior quantidade aos atores do sistema de justiça criminal. Além disso, diminui os efeitos da possível vitimização secundária advinda das técnicas de entrevista normalmente utilizadas.

4 A LEI 13.431/2017

Visando a reduzir a vitimização secundária e afastar as críticas diante da ausência de regulamentação legal para produção de prova contra denunciado em processo penal, o legislador editou a Lei n. 13.431, publicada em 04 de abril de 2017, com previsão de entrada em vigor 01 (um) ano após a sua publicação. Muitos juristas condenam a prática do depoimento especial, porque colocam,

além dos argumentos de ofensa à integridade psicológica da criança, também a quebra das garantias processuais da defesa na ação penal.

Questiona-se a legitimidade processual dessa modalidade de coleta probatória, tendo em vista os direitos constitucionais do suposto agressor, e garantias processuais que devem ser respeitadas a fim de aceitar o elemento processual como apto a ensejar uma eventual condenação. Ressalte-se a violação do texto do artigo 212 do Código de Processo Penal (19), segundo o qual o representante do Ministério Público iniciará a inquirição da pessoa por ele arrolada no rol de testemunhas/informantes, assim como o fará a defesa do acusado.

Em seu Título I – Disposições Gerais, prevê a legislação:

Art. 4o Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

O abuso sexual consiste em relações, que envolvam a penetração ou não, mas que visem a satisfação da lascívia, do desejo sexual. Em se tratando de abuso, tem-se que o agente provocador é que quer satisfazer seus desejos com o ato, e possui maior experiência. Aproximando-se de crianças para tanto, mediante ameaças, ou temor reverencial, o abusador submete a criança a realizar seus desejos, inserindo-a no contexto sexual precocemente, e de maneira traumática.

O Código Penal prevê um tipo voltado à tutela específica da violação da criança em termos sexuais. Encontra-se no artigo 217-A a previsão da pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão para a ação de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso diverso com menor de 14 (catorze) anos” (20). Essa pena é aumentada para 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão em caso de lesão corporal de natureza grave; e, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos em caso de resultado morte em virtude da prática dos atos contra a liberdade sexual da vítima (21).

Destaque-se que o legislador criminal escolheu a idade de 14 (quatorze) anos para fixar a vulnerabilidade da pessoa, em especial no que toca à sua capacidade de consentimento. Todavia, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como criança a pessoa com até 12 (doze) anos incompletos, tratando como adolescente a pessoa que possui entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos incompletos (22).

No âmbito do abuso sexual, fala-se, inicialmente, em violação ao direito de expressão, de liberdade, de lazer, integridade física, psíquica e moral. A dignidade da criança, portanto, é violada em inúmeros níveis. Assim, segue o diploma legal em seu Título III – Da Escuta Especializada e do Depoimento Especial:

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Ao comentar sobre o ofendido, colocam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer: “Não tem ele, por exemplo, direito ao silêncio; ao contrário, tem o dever de depor, enquanto e nas situações em que tenha partido dele a identificação do acusado” (23).

Parte da doutrina caminha nesse sentido, trazendo a hipótese, inclusive, da determinação de ofício da oitiva do ofendido por parte do magistrado caso esse não seja arrolado pelas partes. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, coloca da nulidade relativa do processo penal em que não se ouve o ofendido, caso esse não esteja em local incerto ou falecido, pois haveria prejuízo à instrução (24).

Essa premissa, de que o ofendido tem o dever de prestar esclarecimentos ao longo do processo penal, deve ser interpretada de maneira sistêmica quando a vítima se trata de pessoa em especial condição de desenvolvimento, como as crianças e adolescente. Sendo certo que a oitiva da criança vítima de abuso sexual é um direito, esse direito deve ser interpretado à luz da doutrina da proteção integral, e da prioridade absoluta. Tendo como

diretrizes tais doutrinas, questiona-se se a oitiva da criança como testemunha ou vítima no processo judicial é o meio mais adequado de proteger seus interesses.

O direito da criança em ser ouvida, conceder sua opinião e falar sobre o trauma que sofreu quando vítima de um crime abrange a necessidade de o ofendido em reconstruir sua autoestima e expressar sua emoção, garantindo que possa superar o ocorrido e reduzir os danos que lhe foram causados (25). Entretanto, esse direito, no caso da Lei nº. 13.431/2016, é deturpado como um meio de produção de prova criminal contra o ofensor.

Dentre os direitos de qualquer vítima de abuso está o de ver o seu ofensor punido. No entanto, há outros meios de prova para tanto, sem que, no caso da criança, essa tenha que ser submetida ao processo de revitimização (in)evitável dentro do sistema judiciário, independentemente da maneira de coleta das informações que tem a prestar.

Apesar da prioridade absoluta dos interesses da criança, garantido através da Convenção sobre os Direitos da Criança, e do artigo 227 da Constituição da República, a oitiva da criança em juízo vem sendo interpretada a partir da prioridade do direito/dever do Estado em punir o ofensor das normas penais. Sobre o tema, destacam Ana Christina Brito Lopes e Eufrásia Maria Souza das Virgens:

O interesse fim que motiva tal oitiva é, objetivamente, a coleta de uma prova testemunhal através da participação e manifestação oral da criança vitimizada sexualmente, ao contrário de uma ação que, realmente, objetive afastar a experiência traumatizante da memória da criança e restaurar a saúde psicológica e, algumas vezes, física do processo de vitimização sofrido pela criança abusada (26).

Apesar da louvável intenção do legislador em progredir no que toca à agressão secundária sofrida pela criança vítima de abuso sexual, não trouxe mecanismos que de fato possam reduzir os danos primários produzidos pela agressão sexual em si. Dito isso, assim foi regulamentado o depoimento especial da criança e adolescente em Juízo, pela nova Lei:

Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

É certo que o tempo transcorrido entre o evento e o momento em que se presta o depoimento influencia diretamente no esquecimento (27). Alguns estudos indicam que, um dos fatores que pode amenizar esse esquecimento é o número de vezes em que a vítima recupera a memória e “revive” o momento em que foi agredida (28).

A maioria de nossas experiências e memórias se perde e se extingue por falta de uso, ou seja, falta de acionamento do mecanismo de recuperação. Seu uso contínuo, de outro lado, desacelera esse procedimento de perda da função (29). Entretanto, essa recuperação da memória, para que seja isenta de fatores externos, deve se dar por conta da vítima, sem interferências do entrevistador (30).

Conclui-se que até o momento da instrução processual sob o crivo do contraditório a criança já foi ouvida inúmeras vezes, de inúmeras maneiras, por profissional não habilitados para tanto, o que não só traz a vitimização secundária como também influencia diretamente na colheita da prova, podendo suggestionar e alterar os fatos do ponto de vista da vítima (31). Segundo Luciane Potter:

(...) quando crianças são entrevistadas duas vezes e dão detalhes, na segunda entrevista, que não foram mencionados na primeira, existe uma grande probabilidade de que os novos detalhes sejam imprecisos, não pela repetição da entrevista e sim pela inadequação na realização da entrevista com uso de perguntas sugestivas (32).

Conforme o artigo 12 de Lei n. 14.431/2017:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os

procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

Destaque-se que os órgãos das classes dos psicólogos e assistentes sociais condenam a prática anunciadamente, colocando não se tratar de método que proteja o melhor interesse da criança, além de fugir do papel do profissional da saúde, ao qual não cabe a inquirição da criança.

Coloca-se em dúvida o direito do Estado, através do Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, de punir o agressor, em face do direito da criança em ter sua integridade física e moral preservada por todos; sendo o Estado um dos responsáveis pela proteção do ser em especial condição de desenvolvimento, sendo o Ministério Público um dos principais órgãos que viabiliza essa proteção.

A submissão da criança ao relato dos fatos de que foi vítima, em qualquer nível, seria efetivamente uma forma de preservar seus direitos, ou apenas mais uma forma de violá-los?

Tem-se que o processo penal, conforme formulado no Direito brasileiro, apenas espera da vítima sua cooperação para a persecução penal e identificação do ofensor, não se preocupando com ela como sujeito de direitos e vontade de participação ou não da ação e da condenação do indivíduo (33). A rede de proteção às crianças, ou a quaisquer vítimas de abuso não é eficiente e políticas públicas pendem de implementação:

Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato cometido contra o estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo. No entanto, em geral as vítimas têm uma série de necessidades a serem atendidas pelo processo judicial (34).

De acordo com o procedimento atualmente adotado pelo sistema penal brasileiro, a revelação da criança em relação ao abuso e vitimização primária se dá perante algum familiar, profissional da escola ou do hospital que frequente. Automaticamente, em virtude das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança é encaminhada ao Conselho Tutelar.

Lembre-se aqui que os conselheiros tutelares não têm, necessariamente, formação superior voltada ao atendimento de crianças e adolescentes, em especial vítimas de crimes tão violadores como aqueles sexuais.

A partir de então, a criança é encaminhada para a Delegacia, onde, em regra, é ouvida pelo escrivão da polícia civil. Ressalte-se que em cidades menores há apenas um escrivão, quando há, cabendo a ele a oitiva de quaisquer vítimas, sejam adultos ou crianças, sejam vítimas de crimes contra o patrimônio ou contra a liberdade sexual, não havendo especialização.

Com a oitiva na delegacia, a criança é encaminhada ao Instituto Médico Legal, onde mais um profissional a examinará, a fim de elaborar laudo de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ainda que o crime não deixe vestígios.

Após analisar os indícios colhidos a partir do procedimento citado, o Promotor de Justiça avalia o caso e, se entender pelos indícios de autoria e materialidade, oferecerá denúncia. Recebida a denúncia pelo Juiz de Direito, inicia-se nova instrução, e a vítima deve ser novamente ouvida em Juízo, a fim de proporcionar a ampla defesa e o contraditório ao suposto ofensor.

Com o fim de evitar tal o procedimento, o mesmo artigo 11 da Lei n. 13.431/2017, continua com a normatização das diretrizes a serem adotadas quando da oitiva da criança em juízo:

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

Assemelha-se, portanto, ao rito já previsto pela Recomendação nº. 33 do Conselho Nacional Justiça, tratando-se apenas da conferência de força legislativa a um ato administrativo. Ao regulamentar o depoimento especial, o Projeto de Lei nº. 3.792/2015, previa originariamente, em seu artigo 26, que a vítima, criança ou adolescente, poderia se consultar com o seu próprio defensor:

II - caso a vítima se recuse a depor, deverá ser informada sobre os possíveis desfechos do processo judicial e das implicações que possam advir à sua segurança, garantindo-lhe entrevista com o seu defensor e, se o desejar, com o representante do Ministério Público.

Evidente que a idade e estágio de desenvolvimento mental e psíquico influenciam na possibilidade e eficácia desta medida. Certo é que ao Ministério Público cabe a proteção dos direitos da criança e do adolescente, de acordo com sua natureza e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, em se tratando de processos criminais, o papel do Ministério Público é de parte, cabendo-lhe propor a ação pública incondicionada à representação se houver abuso sexual à criança (artigo 225, parágrafo único do Código Penal). Portanto, em certos aspectos, seu interesse de punir e o interesse da criança podem ser conflitantes, sendo fundamental que a vítima possa se consultar com defensor de conhecimentos jurídicos técnicos.

O papel do defensor da criança, aqui, seria o de esclarecer quaisquer consequências de sua oitiva, de suas falas, e de seus direitos de não ser ouvido, e permanecer em silêncio. Dessa forma garantir-se-ia o seu tratamento como sujeito de direitos, e conhecedor desses, através de profissional qualificado a esclarecê-los.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ora pesquisado possui atual relevância, pois a técnica conhecida como “depoimento sem dano” ou “depoimento especial” vem sendo aplicada no âmbito de diversos Tribunais de Justiça, estando vigente recomendação do Conselho Nacional de Justiça para que assim seja feita a oitiva da criança no

âmbito judicial. Ainda, a legislação editada, em período de *vacatio legis* propagará a adoção da técnica pelas varas judiciais.

Com isso, os Tribunais de Justiça têm ampliado, em seu quadro de servidores, o número de psicólogos e assistentes sociais. Busca-se adequar e garantir que as crianças não tenham seus direitos violados quando forem vítimas de fato delitivo.

Entretanto, o Conselho Federal de Psicologia (35), o Conselho de Serviço Social (36), bem como os Conselhos Regionais das classes dos profissionais da saúde já se pronunciaram em sentido contrário. Os órgãos, inclusive, editaram Resoluções vedando que os profissionais realizassem o “depoimento especial”.

A controvérsia foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial distribuído sob número 1460471, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, oportunidade em que se manteve a decisão recorrida, afastando as penalidades previstas através das resoluções, para os profissionais que exercessem a prática, conforme publicação no Diário de Justiça Eletrônico de 11 de dezembro de 2014 (37).

A atualidade do tema lhe empresta a relevância, não só jurídica, mas multidisciplinar, uma vez que os profissionais do Direito vêm se utilizando dos serviços dos profissionais da saúde para produção de provas no processo penal.

De outro lado, firmou-se um impasse, pois os profissionais, embora busquem trabalhar com a interdisciplinariedade, apresentam posicionamentos declaradamente contrários quando da execução do método.

Questiona-se ainda a efetivação dos direitos da personalidade da criança ao ser submetida a qualquer tipo de oitiva como vítima, no âmbito judicial.

É certo que a oitiva de crianças e adolescente em Juízo, sejam vítimas ou até mesmo infratores, não pode continuar sendo feita da maneira tradicional, conforme prevista no Código de Processo Penal.

A formalidade atualmente disposta é ofensiva até mesmo para as vítimas adultas que, como mencionado ao longo do texto, não recebem qualquer auxílio na recuperação do trauma por parte do Poder Judiciário.

Entretanto, a simples implantação automática do método do depoimento especial pode acarretar outros danos secundários não visualizados por seus idealizadores, incluindo aí a nulidade processual e a ofensa de direitos garantidos ao ofensor acusado no processo penal.

Impõe-se a pesquisa e o implemento de esforços multidisciplinares a fim de encontrar a maneira adequada de conjugar a produção da prova e a garantia da vítima de saber da responsabilização de seu ofensor com o direito da criança em ser ouvida, em ambiente adequada ao seu grau de instrução e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- (1) Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Série Pensando o Direito n. 9. IPEA.
- (2) LOFTUS, Elizabeth. A ficção da memória. Disponível em https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_the_fiction_of_memory?language=pt-br. Acesso em 25/08/2016.
- (3) ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 350.
- (4) IZQUIERDO, Ivan. Memória. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 19.
- (5) BADDELEY, Alan, et al. Memória. O que é a memória. Capítulo 1. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- (6) BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Princípios do processo penal. São Paulo: RT, 2009, p. 102.
- (7) ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência 'branda' e 'quadro mental paranóico' no processo penal *In* Depoimento sem dano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.
- (8) "A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado" (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1571008/PE. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. DJe 23/02/2016.
- (9) Pisa, Osnilda; Stein, Lilian M. (2006). Entrevista forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho. Revista da Ajuris, 23, 217-255.
- (10) Dados disponíveis em: Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: O estado da arte.
- (11) THÈRY, Irene. Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique? Paris: Esprit, 1992, *apud* FRONER, Janaina Petry; RAMIRES, Vera Regina Röhnelt. Escuta

de crianças vítimas de abuso sexual no âmbito jurídico: uma revisão crítica da literatura. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, Brasil.

(12) Abuso sexual em crianças e adolescentes: revisão de 100 anos de literatura. *Revista de Psiquiatria Clínica* 33, 2006, p. 204/213.

(13) POTTER, Luciane. Violência, vitimização e políticas de redução de danos *In Depoimento sem dano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

(14) CEZAR, José Antônio Daltoé. A escuta de crianças e adolescente em Juízo. Uma questão legal ou um exercício de direitos? *In Depoimento sem dano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

(15) BRITO, Leila Maria Torraca de. Diga-me agora... O depoimento sem dano em análise. Rio de Janeiro: *Revista Psicologia Clínica*, vol.20, n.2, p. 113/125.

(16) STEIN, Lilian M., et al. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa, p. 17. Disponível em: http://www.mpap.mp.br/images/infancia/técnicas_de_entrevista_investigativa-1.pdf Acesso em 12.07.2016.

(17) FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 213.

(18) FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 67.

(19) LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano é antiético e pode levar a erros judiciais. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 15 de março de 2016.

(20) PLANALTO. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 22.10.2016.

(21) PLANALTO. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 22.10.2016.

(22) PLANALTO. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente. Artigo 2º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 22.10.2016.

(23) PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. São Paulo: Atlas, 5ª edição, 2013, p. 417.

(24) NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: RT, 2012, 11ª ed. p. 463.

(25) MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual e o Direito. Uma análise crítica dos modelos de intervenção e da titulação a direitos sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial *in* Depoimento Especial de crianças e adolescentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 71.

(26) Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: proteção ou nova metáfora em busca da verdade real? *In* Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes. Livraria do Advogado, 2016, p. 186

(27) SCHACTER, Daniel L. Os sete pecados da memória. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 25.

(28) Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Ipea, 2015, p. 22.

(29) IZQUIERDO, Ivan. Memória. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 43/44.

(30) Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Ipea, 2015, p. 22.

(31) POTTER, Luciane. Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

(32) TABAJASKI, Betina *et al.* Um novo olhar sobre o testemunho infantil, *in* Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 63.

(33) BARROS, Flaviane de Magalhães. A participação da vítima no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

(34) ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 24/25.

(35) Conselho federal de psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual. Disponível em <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>

(36) CFESS reafirma posicionamento contrário ao “depoimento sem dano”. Disponível em <http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/959>.

(37) Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1460471. Relator Ministro Herman Benjamin. Decisão monocrática publicada em 11/12/2014.