



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

MARIANA RÚBIO DE OLIVEIRA

**LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL (13.431/17): COMBATE A
REVITIMIZAÇÃO EM SOBREPOSIÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

CARATINGA/MG

2019

MARIANA RÚBIO DE OLIVEIRA
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

**LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL (13.431/17): COMBATE A
REVITIMIZAÇÃO EM SOBREPOSIÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora
do Curso de Direito da Faculdade
Doctum de Caratinga, como
exigência na disciplina Trabalho
de Conclusão de Curso II,
requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Processual Penal.**

**Orientador: Professor Ivan Lopes
Sales.**

CARATINGA - MG

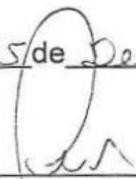
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso **Lei do depoimento especial (13.431/17): Combate a revitimização em sobreposição aos princípios constitucionais ao contraditório e da ampla defesa**, elaborado **Mariana Rúbio de Oliveira** a foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

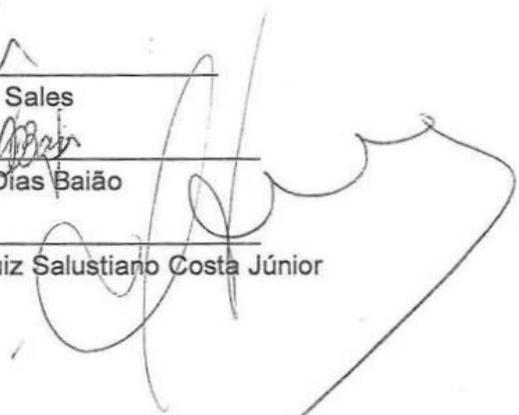
Caratinga 05 de Dezembro 2019



Prof. Ivan Lopes Sales



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior

Dedico este trabalho aos meus pais, que me ensinaram que a educação é o maior instrumento de transformação social e lutaram para fazer do meu sonho a nossa realidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao corpo docente do curso de Direito, em especial ao meu orientador, por todo conhecimento jurídico e humanitário transferido ao longo desses cinco anos. Aos meus companheiros de GRULES, externo meus agradecimentos por toda sabedoria adquirida em cada trabalho realizado durante o curso. Agradeço aos amigos da 2ª Vara Criminal, através dos quais adquiri todo o aprendizado necessário para a elaboração deste trabalho. Por fim, agradeço aos meus pais, irmãos e namorado pelo apoio e incentivo incondicional.

RESUMO

O presente trabalho versa acerca da incompatibilidade da Lei nº 13.341/17 com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a referida lei fere princípios basilares do Direito Processual Penal. A Lei do Depoimento Especial, prometendo eximir a revitimização de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, estabelece um novo procedimento de oitiva de menores que tenham sido vítimas ou testemunhas de violência sexual, física, psicológica ou institucional. Esse depoimento é colhido fora da sala de audiências, em uma sala projetada exclusivamente para esse fim, sendo que toda a dinâmica é conduzida por um profissional técnico habilitado, geralmente psicólogo ou assistente social que integra os quadros dos Tribunais de Justiça. Todo o depoimento é transmitido para a sala de audiências, onde se encontrarão o Ministério Público, o advogado ou defensor público e o juiz. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que tal prática é flagrantemente ofensiva aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Ademais disso, profissionais da psicologia e o serviço social se posicionam no sentido de que o procedimento não exime a ocorrência de revitimização, de modo que a supressão dos direitos do réu se mostra descabida e injustificada.

Palavras-chave: Depoimento Especial. Revitimização. Falsas Memórias. Contraditório. Ampla Defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I - CRIMINOLOGIA E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	14
1.1 Vitimologia e Revitimização	14
1.2 Princípios Basilares do Processo Penal.....	17
1.2.1 Da Ampla Defesa.....	18
1.2.2 Do Contraditório.....	20
1.2.3 Do Devido Processo Legal.....	24
CAPÍTULO II - INTRODUÇÃO DO DEPOIMENTO SEM DANO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	26
2.1 Do procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	26
2.2 Do processo de aprovação da legislação	29
2.3 Do procedimento positivado.....	31
CAPÍTULO III - OS PREJUÍZOS DA ADOÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO COLHEITA DE PROVAS.....	37
3.1 Da violação aos direitos do menor e do profissional técnico.....	37
3.2 Da violação aos direitos constitucionais do acusado	40
3.3 Da fragilidade da prova produzida.....	43
3.3.1 Falsas memórias e interpretação da fala da criança.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A Lei do Depoimento sem Dano representa uma alteração no procedimento de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Tal legislação se volta a conceitos da criminologia e visa evitar, em síntese, a revitimização de crianças e adolescentes que estejam envolvidas em contexto de violência. Em análise restrita, a nova lei institui a Escuta Especializada e o Depoimento Especial.

Em um país assolado pela desigualdade e violência, muitas vezes infantes se veem inseridos em situação de extrema vulnerabilidade, de modo que se espera dos agentes do Estado um tratamento diferenciado a estes indivíduos que já foram fragilizados em outro momento. No âmbito do direito penal, observa-se que muitos agentes processuais não conseguem realizar uma atuação humanística durante a fase de instrução, de modo à revitimizar àqueles que viveram ou presenciaram uma situação de violência.

Ao invés de capacitar promotores, juízes e advogados, juristas e legisladores brasileiros optaram por criar uma nova modalidade de tomada de depoimento, modalidade esta que é cristalinamente contrária ao processo penal brasileiro, na medida em que infiltra terceiro no processo de produção de prova e tolhe os direitos do acusado no que se refere à plenitude de defesa, além de outras inúmeras problemáticas que serão alvo de discussão ao longo da construção deste trabalho.

Lado outro, observando que o próprio Conselho Federal de Psicologia¹ se posicionou contrariamente a referida lei, por considera-la um instrumento de revitimização, se torna necessária à realização de pesquisa nesse sentido, para desvendar o motivo pelo qual os direitos do cidadão acusado estão sendo minados, uma vez que hipótese de proteção integral da criança e do adolescente é desacreditada.

Chega-se ao seguinte questionamento: o procedimento adotado para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, a partir da Lei 13.431/17, fere os princípios basilares do Direito Processual Penal, principalmente o

¹ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução CFP nº 010, 29 de junho de 2010. **Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção.** Brasília, DF, 2010. Disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

princípio do contraditório e o da ampla defesa? Na presente pesquisa, adotou-se como marco teórico as lições de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior, que discorrem que o depoimento sem dano viola claramente princípios basilares do direito processual penal. Vejamos:

a) Acredita-se que a criança-adolescente vítima da agressão poderia expressar-se por palavras o que se passou em ambiente de perguntas e respostas, ainda que produzido em local diverso (sala do Depoimento Especial) e por profissionais, desconsiderando-se a especificidade de sua condição. A superação da oitiva pode se dar, como amplamente demonstrado pelos escritos de psicologia e serviço social por perícias e laudos que podem, mediante profissionais mais qualificados, obter informações de melhor qualidade (v.g. entrevista cognitiva). Os laudos são produzidos com respeito à vítima, no seu tempo, conforme as possibilidades e jamais em depoimentos gravados expressamente com essa finalidade. Ouvir vítimas não se confunde com inquirir. Duvidamos que se as ouça, porque, no fundo, servem apenas de meio de prova. b) Confunde-se o direito de ser ouvido (e as perícias e laudos servem para isso) com a inquirição judicial em que, seja por “aclimatação”, “preparação” ou seja lá o nome que se der, no fundo, finge-se que se escuta a criança mediante técnicas de sugestão deliberadas para desvelamento do que se acredita desde antes existentes, na maioria das vezes. Trata-se de quadro mental paranoico denunciado por Franco Cordero e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com grande espaço para falsas memórias (como o filme A Caça bem demonstra; veja aqui a parte que interessa). A verdade já está fixada e o DE é apenas o meio performático de sua confirmação. Nada mais, nada menos. c) Há uma instrumentalização do profissional que serve de meio para obtenção da prova processual, ou seja, o psicológico ou assistente social não deveria servir como instrumento para profissionais do Direito incapazes de fazer questionamentos, na maioria dos casos desnecessários, dada a existências de outros mecanismos técnicos aptos. Daí a instrumentalização e o motivo pelo qual os Conselhos Federais (Psicologia e Serviço Social) terem afirmado que a atividade é ilegal, embora as Resoluções e Recomendações tenham sido objeto de ações judiciais e suspensas.²

Os autores ainda defendem que:

d) Desde uma perspectiva processual é uma clara e inegável violação do devido processo penal, pois não tem previsão legal e não observa a forma estabelecida pelo CPP para a coleta da prova oral e a oitiva da vítima, na medida em que o ato é feito de forma diversa daquela prevista na lei processual, em claro prejuízo à defesa. e) Viola o artigo 212 do CPP, pois as perguntas devem ser formuladas pelas partes diretamente à vítima ou testemunha. Logo, a formulação da pergunta por interposta pessoa — psicóloga, assistente social etc — desconsidera a nova sistemática legal que acabou com o modelo presidencial. f) É incompatível com o contraditório e o sistema acusatório, pois estabelece uma estrutura ilegal, que rompe com a paridade de armas e retira a gestão da prova das partes, retrocedendo ao modelo de juiz-ator, agravado pela interposição de um agente estranho ao ritual judiciário, que é o psicólogo se arvorando como

² LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em 19 abr. de 2019.

interprete/tradutor do discurso da vítima. g) Desrespeita o Princípio da Objetividade da prova testemunhal, na medida em que o depoimento é conduzido e induzido pelo psicólogo/assistente social, fraudando a necessária objetividade do testemunho. Esse profissional acaba por poluir o depoimento, com a sua interpretação/tradução do discurso da criança ou adolescente, manifestando assim suas apreciações pessoais. Viola, por via oblíqua, o preceito do artigo 213 do CPP.³

Nesta toada, torna-se necessário elaborar hipóteses onde haja verdadeira e efetiva proteção aos infantes no processo penal, uma vez que os danos causados pelos episódios de violência e pela revitimização ocasionam profundos traumas, que repercutem negativamente na sociedade como um todo, ao passo que o bem estar das crianças e dos adolescentes se trata de assunto que atinge a razão pública de existência, uma vez que a sociedade é constitucionalmente responsável pela proteção aos menores, e, principalmente, porque se tratam do futuro da humanidade. Em suma, todo direito constitucional é de interesse de toda coletividade, tanto os princípios processuais penais oriundos da Constituição, quanto os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral aos infantes são assuntos de suma relevância, principalmente quando se discute uma possível supressão dessas garantias.

A presente pesquisa busca sanar a controvérsia acerca da eficácia do Depoimento Especial com relação aos menores em situação de violência, de modo a desvendar se é realmente necessário aluir os direitos do réu para assegurar uma inquirição humanizada de crianças e adolescentes no processo penal. Para tanto, será realizada uma análise do impacto da implementação do depoimento sem dano na persecução penal, a fim de apurar se a indigitada alteração do procedimento de oitiva de menores fere os princípios basilares do direito processual penal, suprimindo os direitos do cidadão acusado, de modo que discorrerá acerca da possível inconstitucionalidade da Lei do Depoimento Sem Dano, apontando-a como meio de minar os direitos conferidos aos acusados.

Tal arguição perpassará pela demonstração dos motivos que ensejaram na adoção e positavação do Depoimento Sem Dano e pela análise da incompatibilidade da lei em análise com o ordenamento jurídico brasileiro. O artigo também explanará diferentes posicionamentos dos juristas, técnicos especializados e agentes atuantes

³ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-anti-etico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em 19 abr. de 2019.

na justiça criminal, a fim de demonstrar que o procedimento proposto na lei não elimina a revitimização. Por fim, serão abordados diferentes meios de obtenção de prova que respeitam, na mesma medida, a dignidade do menor e os direitos do acusado.

O trabalho será desenvolvido através do método dialético de abordagem, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial. No primeiro capítulo será realizada uma análise de conceitos da vitimologia, com ênfase no conceito de revitimização. Serão revisados os princípios basilares do direito processual penal, como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

O segundo capítulo tratará da introdução e consolidação legislativa do Depoimento Sem Dano no ordenamento jurídico brasileiro e da análise do procedimento de oitiva previsto na Lei nº 13.431/17, fazendo um levantamento das opiniões lançadas por doutrinadores criminalistas e dos conselhos de psicologia e assistência social.

Já o terceiro capítulo tratará exclusivamente dos danos causados pelo depoimento especial, danos esses que atingem as vítimas, aos profissionais técnicos e principalmente aos acusados, especificando a flagrante inconstitucionalidade da referida lei, no que tange a violação de princípios tão caros ao direito processual penal.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O Depoimento Sem Dano surge a partir de uma necessidade de releitura do processo penal constitucional culminado com o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, que visa efetivar proteção da criança ou adolescente que tenha sofrido ou presenciado uma situação de violência.

Alguns doutrinadores suscitam que o processo penal brasileiro “abandona a vítima”, afirmando que há pouca participação dos ofendidos em toda persecução penal, além de alegarem que tem se tratado de um ramo do direito essencialmente técnico, ignorando completamente os traumas causados às vítimas, de modo que acredita-se que a lei em análise tenha sido promulgada com o intuito de conferir a estas vítimas maior proteção.

Na mesma toada, inúmeros são os doutrinadores que defendem que a inquirição de crianças e adolescentes através do método convencional implica em revitimizar estes indivíduos que foram diretamente violentados ou que presenciaram uma situação de violência. Entende-se por revitimização:

A repetição de atos de violência seja pelo próprio agressor ou na peregrinação pelos serviços para receber atendimento, ou pela repetição da lembrança de atos de violência sofridos quando o relato do trauma necessita ser repetido para vários profissionais. Isso pode acarretar prejuízo para a justiça, pois a vítima, por cansaço, pode omitir fatos ou, por considerar que está chamando atenção, pode aumentar os acontecimentos. Outra situação é o atendimento sem privacidade, expondo sua dor diante de terceiros.⁵

Ocorre que, desde quando se iniciou a discussão acerca da necessidade de se estabelecer um novo rito para a inquirição de crianças e adolescentes, profissionais da assistência social e da psicologia tecem duras críticas à chamada “Doutrina da Proteção Integral da Criança”, afirmando que o procedimento especial nada mais é que algo completamente arcaico travestido de inovação. Tais profissionais retratam que na verdade, não há o interesse em proteger a integridade moral e emocional da criança, mas apenas obter provas para o processo penal. Desse modo, o simples fato de adornar uma sala com brinquedos e substituir juiz, advogado e promotor por um profissional capacitado não exclui a incidência de

⁴ Doravante citado apenas ECA.

⁵ VILELA, Laurez Ferreira. **Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal**. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2005, p. 52.

revitimização no ato de fazer com que crianças e adolescentes revivam episódios dolorosos.⁶

Do mesmo modo, muito antes da promulgação da referida lei, alguns juristas já indigitavam algumas incompatibilidades do procedimento adotado na coleta do Depoimento Especial com o Direito Processual Penal Brasileiro. Dentre eles, destacam-se Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa⁷, que enumeraram as mais sérias inconsistências de tal procedimento. Embora reconheçam a necessidade de ter cautela e cuidado quando da colheita de provas envolvendo menores, tais doutores entendem que optar por este procedimento criaria sérios problemas processuais, uma vez que os direitos do réu são visivelmente prejudicados e que a própria prova produzida é munida de descrédito.

Em outra obra, destinada a tecer críticas ao depoimento sem dano, Alexandre Morais da Rosa, em consonância com o posicionamento mencionado dos Conselhos Nacionais de Psicologia e de Serviço Social, que:

Há uma tensão recíproca entre 'Direito' e os respectivos técnicos (Psi e Serviço Social), muito por não se ter clara a questão das 'fronteiras' entre as abordagens, não obstante adotar-se a concepção de 'heteronímia posicional' proposta por Rui Cunha Martins, entre o lugar e a função do Direito e do saber técnico, com as suas intrincadas relações mal-ditas, bem-ditas, balbuciadas ou silenciadas.⁸

Outra crítica ferrenha à implementação do depoimento especial é Cristina Gesu, que considera que referida prática viola diretamente os princípios da contraditório e da ampla defesa, na medida em que a parte ré tem sua capacidade de defesa tolhida, afirmando que referida supressão é injustificada, na medida em que a revitimização ainda acontece.⁹

⁶ CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Resolução CFESS nº 554, de 15 de setembro de 2009. **Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social.** Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **O Depoimento Sem Dano e o Advogado do Diabo – A Violência "Branda" e o "Quadro Mental Paranóico" (Cardero) no Processo Penal.** Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Download/s/DocGo.Net-Depoimento%20Sem%20Dano%20e%20o%20Advogado%20Do%20Diabo%20-%20Alexandre%20Morais%20Da%20Rosa.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁹ GESU, C. di. **Prova penal e falsas memórias.** 2. ed., ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 201.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são princípios basilares do direito processual penal, e são elementos imprescindíveis para o devido processo legal. O princípio do contraditório é a expressão máxima do direito de defesa do acusado, na medida em que representa a bilateralidade da persecução penal, uma vez que as partes têm acesso a todo conteúdo aventado nos autos. De acordo com os ensinamentos de Távora e Rodrigues, "considerar-se-á atendido o princípio do contraditório toda vez que for privilegiado o binômio ciência e participação".¹⁰

Em suma, entende-se que:

(...) o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvidas pelos órgãos judicantes.¹¹

Certo é que o princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio da ampla defesa, na medida em que não há que se falar em exercício amplo do direito de defesa em casos em que o acesso à informação e manifestação no processo seja cerceado. Nucci define o Princípio da ampla defesa como sendo:

Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal.¹²

A partir do problema demonstrado, o presente trabalho objetiva tratar sobre cada conceito profundamente, investigando, por conseguinte, a (in)viabilidade da realização do depoimento sem dano durante a persecução penal sem prejuízo dos direitos basilares do direito processual penal.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. – Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 59.

¹¹ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 20.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

CAPÍTULO I – CRIMINOLOGIA E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Este capítulo abordará os conceitos da criminologia e os principais princípios processuais penais, que são à base da problemática em questão. Para tanto, serão remontados os conceitos de vitimologia e revitimização e as definições conferidas aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

1.1 Vitimologia e Revitimização

A criminologia é a ciência interdisciplinar e empírica que visa o estudo aprofundado do crime e seus elementos, analisando, principalmente, o autor, a vítima e as relações intersociais do fato criminoso. Trata-se de uma ciência autônoma que possui interdependência recíproca com o direito penal e processual penal, mas congrega outros ramos da ciência, como sociologia, antropologia, filosofia, psicologia, e como toda ciência empírica, suas conclusões são tomadas à partir da observação de fatos concretos.

Assim descreve Sérgio Salomão Shecaira (2008):

Interessa a criminologia não tanto à qualificação formal correta de um acontecimento penalmente relevante, se não a imagem global do fato e de seu autor: a etiologia do fato real, sua estrutura interna e dinâmica, formas de manifestação, técnicas de prevenção e programas de intervenção junto ao infrator. O direito penal como a criminologia aparecem assim como duas disciplinas que tem o mesmo objetivo com meios diversos: a criminologia com o conhecimento da realidade, e o direito penal com a valoração interessada dessa mesma realidade. Hoje é possível precisar, perfeitamente, a autonomia de ambas as disciplinas e, ao mesmo tempo, firmar sua interdependência recíproca.¹³

Oriunda da criminologia, a vitimologia trata da análise aprofundada da relação entre a vítima, o autor e o fato criminoso à partir da perspectiva do ofendido. Inicialmente, tal estudo era visto como ramo da criminologia, mas é crescente o entendimento doutrinário que defende que a vitimologia é uma ciência autônoma, uma vez que possui objeto, método e finalidade própria.

A vitimologia surge após a 2ª Grande Guerra, com a obra do professor de criminologia Benjamim Mendelsohn, que analisando o comportamento dos judeus

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

nos campos de concentração da Alemanha nazista, passou a apurar a culpabilidade – consciente ou não – das vítimas nos delitos suportados por elas. Vejamos:

Vitimologia foi primeiramente abordada pelo advogado Benjamin Mendelsohn. No pós-Segunda Guerra, Mendelsohn iniciou o estudo do comportamento dos judeus nos campos de concentração nazista. Um dos fatos que o intrigou foi como os judeus, frente à possibilidade da própria morte, trabalhavam na organização e administração internas dos campos de morte. A partir disto, seu interesse sobre como as vítimas agem e pensam aprofundou-se, e destes estudos surgiram os primórdios da Vitimologia.¹⁴

Sob esse prisma, passa-se a examinar a personalidade e a conduta da vítima a fim de averiguar sua contribuição para o surgimento do fato delituoso, chegando-se ao embrião da vitimização. Sabe-se que o direito penal, o processo penal e a criminologia, por muito tempo tiveram sua atenção voltada exclusivamente à conduta do acusado, de modo que a participação da vítima na persecução penal era coadjuvante, sendo irrelevante seus aspectos psicológicos, comportamentais e sociais.¹⁵

Num outro aspecto, em uma análise histórica, observa-se que foi tolhido o direito das vítimas de participarem efetivamente da punição de seu algoz, considerando que os ofendidos não mais possuem o direito de revidar a ofensa suportada. Indo mais além, a vítima passou a ser vista apenas como meio de produção de provas, de forma que muitas vezes eram colhidas suas declarações repetidas vezes, tanto em seara administrativa como em juízo, e a violência suportada pela vítima era considerada tão somente para fins de aplicação da punição estatal, tendo em vista que os profissionais do direito não se atentavam aos danos causados à vítima.

O estudo da vitimologia definiu três tipos de vitimização: a primária, a secundária e a terciária. A primeira trata-se da vitimização direta, que se materializa no exato momento em que o ofendido suporta o delito praticado pelo autor. Os danos causados pela vitimização direta guardarão consonância com o tipo de crime sustido, e poderá ser físico, patrimonial, psicológico e moral.¹⁶

¹⁴ HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton do. **Vitimologia: conceituação e novos caminhos** - Encontro de iniciação científica - issn 21-76-8498, américa do norte, 2009, p. 01.

¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

¹⁶ Idem.

A vitimização secundária, ou revitimização, ocorrerá quando as instâncias formais responsáveis pela apuração do delito e processamento da ação penal desrespeitem as garantias e direitos das vítimas, que são vistas apenas como meio de produção de provas e objeto de investigação, de forma que a ausência de trato e sensibilidade por parte dos agentes estatais muitas vezes expõe as vítimas a situações constrangedoras e vexatórias, o que além de trazer à tona a lembrança do sofrimento oriundo da ação do autor do crime, causa novo dano moral e psicológico, na medida em que os órgãos dos quais se espera proteção são alheios às peculiaridades das vítimas e ignoram sua dor. Assim pontua Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinquente, a vítima não esperava ajuda ou empatia).¹⁷

Enquanto a vitimização secundária se materializa através da ação de um agente, a vitimização terciária ocorre quando os órgãos públicos, a sociedade e a própria família da vítima não oferecem o amparo devido à vítima. Quando a sociedade como um todo se omite ao invés de demonstrar solidariedade e recepcionar a dor vivenciada pelo ofendido, e pelo contrário, para a culpabiliza-lo pelo episódio violento, se caracteriza a violência terciária, que além de causar danos morais e psicológicos irreparáveis, desestimula o ofendido a noticiar o crime suportado às autoridades competentes, contribuindo para um cenário de impunidade que é prejudicial não só para a vítima, mas para todo o corpo social.¹⁸

Na maioria das vezes, a revitimização espelha os paradigmas moralistas e os preconceitos enraizados na sociedade, de modo que a vítima se vê exposta e subjugada pelos órgãos públicos e pela população, na medida em que a ela é imputado o ônus de ter contribuído diretamente para a conduta de seu algoz, desmerecendo o sofrimento e os danos suportados pelo ofendido.

Assim, levando em consideração que o indivíduo já se encontra numa situação de vulnerabilidade após ter sido, a sobrevivitização, seja ela

¹⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113.

¹⁸ HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton do. **Vitimologia: conceituação e novos caminhos** - Encontro de iniciação científica - issn 21-76-8498, américa do norte, 2009, p. 01.

caracterizada na forma de uma ação ou omissão, se mostra ainda mais gravosa que a vitimização primária. Isso porque a vítima, que se encontra fragilizada pelo evento violento suportado, não encontra o amparo prometido e esperado por parte da esfera pública e dos seus, de modo que os traumas são agravados e as sensações de pertencimento social e proteção Estatal são minadas.

É a partir do estudo da vitimologia e da revitimização que se chegou à conclusão de que é gritante a necessidade de estabelecer novas diretrizes em toda a persecução penal para garantir a melhoria do tratamento da vítima durante a apuração e o processamento do delito. A necessidade de mudança na tratativa processual para com os ofendidos é ainda mais significativa quando se trata de vítima criança ou adolescente, que naturalmente se encontram em uma posição de vulnerabilidade aumentada.

Neste viés, a persecução penal atrai a aplicação do princípio da proteção integral da criança, ao passo em que a vítima infanto-juvenil passa a ser tratada não apenas como meio de produção de prova, mas como indivíduo a ser protegido e assistido pela rede assistencial e pelo próprio judiciário, uma vez que o objetivo passa a ser resguardar esta vítima dos eventos que possam gerar revitimização.

1.2 Princípios Basilares do Direito Processual Penal

Os princípios processuais do direito, além de representarem à origem e o fundamento da matéria, representam uma limitação na atuação do Estado como jurisdicionante, de modo que confere ao ordenamento jurídico a necessária segurança jurídica. Todos os princípios são oriundos dos direitos humanos, e em sua origem, visavam proteger o indivíduo do Estado, na medida em que o Estado mitigou seus poderes, se colocando na posição de subordinado da lei, surgindo, assim, a figura do Estado de Direito.

Com a efetivação da democracia e implementação do Estado de bem-estar social, os direitos fundamentais passaram a significar não apenas uma delimitação do poder do Estado, mas um bem a ser protegido e tutelado, sendo que a partir de então, além de respeitar as delimitações impostas pela lei, o Estado passa a ter o dever de assegurar a efetivação destes direitos. Assim, os princípios podem ser entendidos como:

Diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, à aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, às penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.¹⁹

Os princípios possuem aplicabilidade positiva e negativa. É positiva no sentido de que contribui diretamente para a hermenêutica normativa, norteando a aplicabilidade das leis, ao passo em que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos princípios. É negativa no sentido de delimitar e restringir a validade de normas que estejam na contramão dos princípios constitucionais.²⁰

No tocante ao direito processual penal, destacam-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são imprescindíveis para a efetivação do princípio do devido processo legal. Representam garantias fundamentais da justiça, sem os quais o cidadão acusado não possui os elementos necessários para se defender do Estado, e estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e dignidade do direito penal, na medida em que possibilitam que a ação penal se processe sob uma perspectiva humanizada e justa.²¹

1.1.1 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, e consiste na garantia de que o acusado possa dispor de todos os meios legalmente admitidos para provar sua versão dos fatos. Guilherme de Souza Nucci leciona que:

Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006, p. 111.

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

²¹ Idem.

réu um tratamento diferenciado e justo razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal.²²

No âmbito do processo penal, tal princípio confere ao acusado o direito de autodefesa e defesa técnica, obrigando o magistrado a preservar a aplicação dos princípios e normas processuais penais vigentes, de modo a conferir às partes paridade de armas para que a defesa possua acesso aos mesmos meios processuais que a acusação para influir no convencimento da autoridade judiciária.

Por autodefesa entende-se a possibilidade de que o acusado possa participar ativamente do processo, visando o convencimento do magistrado através do gozo de direito de audiência e direito de presença. Assim, observa-se que ao acusado é facultado o direito de interferir no convencimento do magistrado através de seu interrogatório, e tomar ciência das provas produzidas, podendo a partir de então levar novas informações a seu defensor e até mesmo ao magistrado. Trata-se de um direito personalíssimo e disponível, sendo certo que o réu pode abster-se de ser interrogado e de acompanhar a produção probatória.²³

Ressalte-se que:

A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva. A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.²⁴

A defesa técnica é aquela realizada por profissional devidamente habilitado, sendo que esta é uma garantia indisponível, conforme estabelecido pelos arts. 261 e 263 do Código de Processo Penal, sendo certo que a ausência formal ou material de defesa técnica é entendida como cerceamento de defesa, ensejando em nulidade absoluta do processo²⁵.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

²³ HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton do. **Vitimologia: conceituação e novos caminhos** - Encontro de iniciação científica - issn 21-76-8498, américa do norte, 2009, p. 01.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 101.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 523: **No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em:

A Constituição Federal, no inciso LXXIV do seu art. 5º, define ainda que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem não dispor de recursos para tanto, o que garante que todas as pessoas sejam devidamente assistidas por profissional técnico. Trata-se de um direito indisponível, tendo em vista que além de se ser um direito do réu, está atrelado ao interesse coletivo na descoberta da verdade real, que só poderá ser descoberta mediante o cumprimento do devido processo legal, onde as partes possuam igualdade de armas e gozem do contraditório pleno, sendo imprescindível a atuação de um advogado ou defensor.

Sobre defesa técnica, leciona Aury Lopes Júnior:

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva.²⁶

O princípio da ampla defesa está diretamente ligado aos princípios do contraditório e do devido processo legal, uma vez que só a partir do pleno gozo dos referidos princípios é que o acusado terá os meios necessários para defender-se da acusação Estatal. Não é atoa que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no mesmo artigo da constituição: mesmo que na teoria exista uma definição apartada para cada princípio, havendo definição própria e explicação técnica diversa para cada um, vislumbra-se que na prática ambos são indissociáveis, pois é a partir do exercício do contraditório que serão exercidas a defesa técnica e a autodefesa.

1.1.2 Princípio do Contraditório

Consoante indicado acima, no mesmo artigo e inciso da Constituição Federal que versa sobre o princípio da ampla defesa está preceituado o princípio

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 99.

do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88/), que estabelece às partes deve ser conferido o direito de influenciar o convencimento do magistrado, devendo ser oportunizada participação ativa e manifestação expressa sobre todos os atos processuais. A Constituição vigente elenca o princípio do contraditório como direito de primeira geração, de modo que é um dos princípios atrelados a garantia de liberdade do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como paradigma a implantação de um Estado Democrático de Direito, reconhecendo como direito fundamental das partes o efetivo contraditório nos processos judiciais e administrativos (art. 5º, LV), instruindo um modelo democrático de processo, gerando processo isonômico. O contraditório figura como princípio institutivo da democracia, uma vez que, por meio dele, permite-se às pessoas o debate para se chegar a solução mais adequada, assegura-se a elas o direito de apresentar seus argumentos e exercer a defesa antes de se submeter a uma decisão judicial.²⁷

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino definem o princípio do contraditório como sendo:

O direito que tem indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (par conditio), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito da defesa.²⁸

Conforme já dito, o art. 261 do Código de Processo Penal garante que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem ser assistido processualmente por um defensor. O parágrafo único do mesmo artigo estabelece que a defesa realizada por defensor público ou dativo, será sempre realizada por meio de manifestação fundamentada. Desse modo, observa-se que também o Código Processual se ateu a necessidade de assegurar o contraditório em um viés material.

A doutrina diferencia a aplicação do princípio do contraditório em duas ramificações. A primeira delas é o princípio do contraditório formal, empregado na

²⁷ FRANCO, João Vitor Sias. **O Contraditório Democrático no Novo Código de Processo Civil**. IN: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; DEL PUPO, Thais Milani. **Estudos sobre Direito Processual**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 25.

²⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINHO, Marcelo. **Direito Penal Descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 171/172.

produção probatória, que garante às partes de atuação direta durante a instrução, de modo que tanto o órgão acusador quanto a defesa técnica devem ser previamente cientificados da designação de audiências para colheita de declaração das testemunhas e acareação e de atos como reconhecimento de pessoas. Por outro lado, entende-se que a aplicabilidade material do contraditório ultrapassa a instrução, de modo que é garantido às partes a possibilidade de influir no convencimento do magistrado durante todo ato processual.²⁹

Até mesmo as medidas cautelares sigilosas resguardam o princípio do contraditório, na medida em que possibilita que a defesa se manifeste acerca das investigações perpetradas ou diligências realizadas, como ocorre nos expedientes apartados de medida protetiva e nos pedidos de busca e apreensão, de quebra de sigilo e de interceptação telefônica, por exemplo.

A aplicabilidade dos princípios no direito processual penal exige uma interpretação constitucional do Código de Processo Penal, pois em que pese a Carta Magna ter estabelecido parâmetros de um sistema penal acusatório, o Código de Processo Penal vigente foi redigido sob a ótica de um sistema penal inquisitivo, cujas diretrizes vão à contrapartida às garantias conferidas pelos princípios.

Guilherme de Souza Nucci (2011) pontua que:

Não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que se estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.³⁰

Os resquícios do sistema inquisitivo são facilmente percebidos no inquérito policial, fase da persecução penal em que não há a obrigatoriedade de incidência de princípios tão caro ao direito processual penal, como o princípio do contraditório, pois o poder está concentrado nas mãos da autoridade policial responsável pela investigação.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

³⁰ Idem.

Por óbvio, não é viável defender que o inquérito policial se valha da mesma sistemática da ação penal, tendo em vista que o inquérito se processa em seara administrativa e visa o convencimento da autoridade policial quanto à existência de indícios suficientes de materialidade ou autoria, de modo que não há que se falar em exercício pleno do contraditório nesta fase.

Ocorre que, devido à necessidade de conferir ao processo penal um viés constitucional, a luz dos princípios basilares, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que o investigado, devidamente assistido por advogado ou defensor, possui o direito de ter acesso às investigações perpetradas e documentadas na fase do inquérito policial, o que foi sedimentado pela Súmula Vinculante 14 e pela Lei nº 13.245/16. Além disso, o investigado tem direito ser acompanhado por advogado enquanto presta suas declarações perante a autoridade policial, conforme preceitua o art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/94.

A partir desta ótica, observa-se que mesmo no inquérito policial há a incidência do princípio do contraditório, de modo que mesmo se tratando de uma alteração sutil na persecução penal em seara administrativa, ampliou a aplicabilidade dos direitos do investigado a partir do processo de democratização do processo.

Esse modelo democrático do processo da Constituição Federal instituiu um contraditório que deve contribuir dialogicamente em busca da decisão mais justa possível, destinado não só para as partes, mas também para o juiz em um processo de matriz cooperativa e policêntrica. O contraditório, assim, passa a ser visto como um valor-fonte do processo constitucional, com papel dialógico e problematizante do processo enquanto estrutura normativa de formação de decisões constitucionalmente adequadas.³¹

Conforme salientado acima, tal alteração se deu devido ao fenômeno de constitucionalização do processo penal, que visando à obtenção de um veredito justo, passa a garantir a amplitude de defesa do acusado através do exercício do contraditório pleno. Portanto, a decisão proferida pelo magistrado deve ser fruto de um processo em que tenha se observado o contraditório real, em que tenham sido oportunizadas iguais condições de atuação a ambas as partes, observadas todas as garantias legais.

³¹FRANCO, João Vitor Sias. **O Contraditório Democrático no Novo Código de Processo Civil**. IN: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; DEL PUPO, Thais Milani. **Estudos sobre Direito Processual**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 25.

1.2.3 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, onde está consagrado que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O princípio em comento garante que o sujeito processado tenha respeitadas todas as garantias constitucionais do processo, devendo ser observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, do juiz natural, da imparcialidade e da inércia jurisdicional.³²

Trata-se de um princípio que obriga o Estado a efetivar os demais princípios processuais, de modo a se tornar um princípio norteador, que apenas se materializará com a estrita observância de todas as garantias processuais previstas no texto constitucional. Destarte, tal princípio garante que a solução da lide seja resultado de um processo em que tenha sido oportunizada às partes iguais condições de comprovarem suas alegações, vigorando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz imparcial.³³

Os doutrinadores definem dois conceitos para o princípio do devido processo legal, sendo que um deles trata da conotação processual e outro da material. Processualmente, o devido processo legal define que os atos investigativos e processuais devem ocorrer sob a luz das normas vigentes. É, portanto, um compilado de normas que devem ser observadas pelas partes e pelo magistrado.³⁴

A conotação material do princípio em análise se refere à observância do devido processo penal formal somado ao estrito cumprimento dos direitos fundamentais, respeitando não apenas os princípios processuais, mas os direitos individuais dos sujeitos envolvidos. De tal forma, o princípio se torna uma ferramenta de limitação do poder Estatal, impedindo que este poderio seja exercido em detrimento dos direitos do cidadão acusado, sendo que para haver a supressão desses direitos, é necessário que se configure relevante interesse da coletividade.

Para além das ponderações de ordem criminológica, mais ajustadas a determinados modelos de sistemas penitenciários e de sistemas punitivos, a

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 76

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 101.

³⁴ Idem.

Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, quando, em diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.). Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais.³⁵

Insta salientar que o princípio em estudo apenas teve previsão expressa na Carta Magna de 1988, e deve ser entendido como consequência do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo, onde se vislumbra uma gama de garantias que tem como principal objetivo concretizar a normatividade no plano da efetividade.

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2019, p. 33.

CAPÍTULO II - INTRODUÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Em que pese ter sido positivado no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2017, o Depoimento Especial já vem sendo aplicado há cerca de 16 (dezesesseis) anos, sendo objeto de estudo de inúmeros juristas e pauta de discussão entre advogados e conselhos de psicologia e assistência social.

Este capítulo se dedicará a retratar o procedimento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro na colheita do depoimento especial. Abordará, ainda, todo o processo de elaboração e promulgação da Lei nº 13.431/17. Por fim, será realizada uma análise de como deve ser realizada a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência após a vigência da referida lei.

2.1 Do procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul

A promotora de justiça do estado do Rio Grande do Sul Veleda Maria Dobke, sentindo-se incomodada com a forma que era conduzida a oitiva de crianças vítimas de violência sexual nas audiências da justiça criminal, e notando que os profissionais do direito não se atentaram para a necessidade de desenvolver um procedimento de escuta menos danoso aos infantes, dedicou-se aos estudos sobre o tema e fez dele sua tese de pós-graduação.³⁶

Percebendo que os doutrinadores brasileiros não haviam realizado pesquisas aprofundadas sobre o tema, a promotora buscou em países como a Inglaterra e a Argentina seu referencial teórico. Baseada na previsão do Código de Processo Penal que estabelece que as testemunhas surdas e mudas ou estrangeiras que não sejam fluentes na língua portuguesa sejam ouvidas por um intérprete nomeado pelo juízo (art. 223 do Código de Processo Penal), Veleda defendeu que os operadores do direito deveriam ter a prerrogativa de nomear um intérprete formado em psicologia e especializado em abuso sexual para ouvir a criança no âmbito do

³⁶ DOBKE, Veleda. **Abuso sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 33.

processo criminal, evitando-se a revitimização e obtendo prova válida para ser utilizada no deslinde da ação penal.³⁷

Visando garantir que os direitos do acusado continuassem sendo preservados neste novo procedimento, Dobke trouxe três alternativas ao procedimento usual. Inicialmente, propôs que a tomada do depoimento pelo intérprete ocorresse na Câmara de Gesell³⁸, possibilitando que as partes formulassem perguntas ao condutor do depoimento. Sugeriu, ainda, a substituição da oitiva do infante pela avaliação técnica e posterior elaboração de laudo pericial por um psicólogo. Por fim, elencou possibilidade de criação de varas especializadas em crimes sexuais envolvendo menores, onde o representante do Ministério Público e o magistrado deveriam se capacitar para conduzir o processo e lidar com essas vítimas de uma maneira mais humanizada.³⁹

Também se atentando para a dificuldade de inquirir crianças e adolescentes devido à falta de preparo dos profissionais do direito, e vislumbrando os danos causados às vítimas infantes no procedimento usual, o Juiz de direito José Antônio Daltoé Cezar instituiu um novo procedimento de oitiva de crianças e adolescentes. O magistrado, com base nos estudos da promotora de Justiça Velela Dobke, e guiado por técnica utilizada em outros países, idealizou um modelo onde a criança e o adolescente são inquiridos fora da sala de audiências, em um ambiente projetado especialmente para este fim, sendo a inquirição é conduzida por profissional técnico capacitado para tanto.⁴⁰

No dia 06 de maio de 2003, na Comarca de Porto Alegre, foi realizada a primeira oitiva sob a sistemática do Depoimento Sem Dano. Tratava-se de uma experiência individual da 2ª Vara da Infância e Juventude, onde foi utilizada uma câmara de segurança, computador, microfones e placa de captura de imagem e som, sendo que tais materiais foram custeados pela Direção do Foro e pelo promotor de justiça João Barcelos de Souza Júnior.⁴¹

³⁷ DOBKE, Velela. **Abuso sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 33.

³⁸ Trata-se de uma sala que possui vidro reflexivo unidirecional, de modo que as pessoas na sala enxergam apenas um espelho, enquanto as pessoas da área externa conseguem ver tudo que acontece em seu interior.

³⁹ DOBKE, Velela. **Abuso sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 36.

⁴⁰ ⁴⁰ CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 18.

⁴¹ Idem.

Tratava-se da apuração de um ato infracional, onde o profissional técnico responsável pela colheita da oitiva da vítima foi a psicóloga judiciária Márcia Rubleski. Durante a inquirição, estavam presentes Sônia Biehler da Rosa, magistrada aposentada e mestre em Psicologia, e Veleda Dobke, promotora de justiça pioneira nos estudos acerca do Depoimento Especial no Brasil.

O procedimento idealizado pelo magistrado é dividido em três etapas, consistentes no acolhimento inicial, na colheita do depoimento e no acolhimento final. O acolhimento inicial ocorrerá cerca de trinta minutos antes da audiência, ocasião em que a criança/adolescente e seu representante legal serão acolhidos pelo profissional técnico, que irá se familiarizar com o depoente e explicar detalhadamente todo procedimento. O infante é levado para uma sala lúdica onde acontecerá a terceira etapa.⁴²

O depoimento sem dano era filmado e transmitido para o computador da sala de audiências, local onde se encontram o magistrado, promotor de justiça, advogado ou defensor, e, em alguns casos, o réu. As partes e o juiz interagem durante o depoimento e poderiam enviar perguntas direcionadas ao profissional técnico, no caso em questão, à psicóloga, que terá a tarefa de repassar as perguntas de maneira mais suave e inteligível, de modo a poupar o infante de questionamentos inadequados, evitando, em tese, a revitimização. O depoimento é registrado em mídia audiovisual e juntado aos autos, o que impede que haja a necessidade de tomar novo depoimento do depoente.

A terceira etapa consiste na avaliação da criança ou do adolescente pelo profissional técnico, para que seja investigada a necessidade de encaminhamento da vítima ou testemunha para atendimento junto à rede assistencialista. Esta etapa rompe com a ideia de que a vítima ou testemunha é mero instrumento de produção de prova, e visa conferir ao infante a proteção necessária inerente ao dano causado e observando a sua condição de vulnerabilidade. Durante a realização da primeira oitiva realizada sob a luz do depoimento especial, os profissionais envolvidos perceberam que a vítima apresentou um comportamento tranquilo durante toda a inquirição, o que, aos olhos desses profissionais, confirmou a ideia de que o procedimento diferenciado causaria menos danos ao infante.⁴³

⁴² CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 18.

⁴³ Idem.

A tecnologia utilizada na colheita do depoimento sem dano foi aprimorada, e a sala montada para aquela finalidade foi disponibilizada para uso por outros magistrados do Rio Grande do Sul. Em 2004, o projeto de depoimento sem dano assumiu caráter institucional, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adquiriu novos equipamentos, garantindo a captura de imagem e som com alta qualidade e inovando recursos tecnológicos, como, por exemplo, controle da câmera pelo computador da sala de audiências.⁴⁴

2.2 Do processo de aprovação da Lei nº 13.431/17

Após difundir o depoimento sem dano em todo o Estado do Rio Grande do Sul, José Antônio Daltoé passou a divulgar o novo procedimento em diversas comarcas do país, despertando o interesse de organizações ligadas à defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes e a proteção de infantes vítimas de violência sexual.

No ano de 2006, a Deputada Federal Maria do Rosário se reuniu com o poder judiciário do Rio Grande do Sul, sendo apresentada à sistemática do depoimento especial. No mesmo ano, a deputada propôs o Projeto de Lei nº 7.524/06, que visava à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que fosse implementada a metodologia do Depoimento Sem Dano.

O procedimento estipulado no projeto de lei se remetia ao realizado no Rio Grande do Sul, em que um psicólogo ou assistente social conduziria a coleta do depoimento da criança ou do adolescente vítima de testemunha em uma sala projetada exclusivamente para este fim, e toda dinâmica seria transferida para a sala de audiências, onde as partes estariam presentes. O projeto também previa a possibilidade de antecipação da prova oral e realização de perícia técnica.

No ano de 2007, durante o 36º Encontro Nacional do Conselho Federal de Serviço Social⁴⁵ e dos Conselhos Regionais de Serviço Social⁴⁶, foi determinado que o CFESS e os CRSS, juntamente com a Comissão de Ética e Direitos Humanos, realizassem um estudo acerca do procedimento que estava sendo

⁴⁴ CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 23.

⁴⁵ Doravante citado como CFESS.

⁴⁶ Doravante citado como CRSS.

realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como do projeto de lei nº 7.524/06.

Em 2008, Eunice Teresinha Favero, atendendo solicitação do CFESS, emitiu parecer técnico que concluiu que é extremamente grave a ação de retirar os assistentes sociais de suas funções para que presidam a oitiva de crianças e adolescentes com o intuito de produzir provas para serem utilizadas na justiça criminal, atividade que ultrapassa sua qualificação profissional e ignora suas atribuições e competências originárias, de modo que a função primordial do assistente social, que é a proteção da criança e do adolescente, é colocada em segundo plano.⁴⁷

No mesmo sentido se posicionou o Conselho Federal de Psicologia⁴⁸, que adotou posicionamento contrário à realização do Depoimento Sem Dano e da aprovação do respectivo projeto de lei, por considerar que o procedimento não respeita as prerrogativas do psicólogo e tampouco os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O consenso sobre a atuação do psicólogo é que a escuta de crianças e adolescentes deve ser, em qualquer contexto, pautada pela doutrina da proteção integral, pela legislação específica da profissão, em marcos teóricos, técnicos e metodológicos da Psicologia como ciência e profissão. Com base nesses fundamentos não é papel do psicólogo tomar depoimentos ou fazer inquirição judicial, ou seja, colocar seu saber a serviço de uma inquirição com o objetivo único de produzir provas para a conclusão do processo.⁴⁹

Na Resolução nº 010/2010, o CFP instituiu a regulamentação da escuta especializada de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, onde proibiu psicólogo assumir o papel de inquiridor de crianças e adolescentes em inseridas nesse contexto, restando evidenciado que a escuta psicológica de infantes nessa situação deveria ocorrer apenas com o viés protecionista.⁵⁰

⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Resolução CFESS nº 554, de 15 de setembro de 2009. **Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social.** Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴⁸ Doravante citado como CFP.

⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CFP se posiciona em relação ao dispositivo denominado “Depoimento Sem Dano”.** Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/cfp-se-posiciona-em-relao-ao-dispositivo-denominado-depoimento-sem-dano/>>. Brasília, DF, 2010. Acesso em 16 out. de 2019.

⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução CFP nº 010, 29 de junho de 2010. **Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de**

Em 23 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação nº 33, sugeriu que os tribunais de justiça criassem serviços especializados de escuta de crianças e adolescentes.⁵¹

Desde então, o procedimento passou a sofrer duras críticas por parte de juristas como Aury Lopes Júnior, Alexandre Morais da Rosa e Cristina Gesu, que acreditavam que tal procedimento não observa os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de não eximir a ocorrência de revitimização, de modo a se tratar de um espetáculo punitivo do bem, cujo único objetivo é obter provas para a condenação do acusado. Os juristas, em síntese, defenderam que a finalidade de proteção dos direitos da vítima infante é mera roupagem para a busca irresponsável e incessante pela condenação, desconsiderando-se o devido processo legal e os demais direitos do acusado e dos profissionais da psicologia e assistência social, que no referido procedimento sofrem o processo de instrumentalização.

No dia 04 de abril de 2017 foi sancionada a Lei nº 11.431, que alterou o ECA e tornou obrigatória a realização do depoimento sem dano em todo território nacional. A legislação possuiu o prazo de vacância de um ano, e tão logo foi promulgada, foi alvo de crítica em nota técnica emitida pelo CFP, que afirmou que a referida lei foi aprovada sem que a sociedade civil e os profissionais tenham sido consultados.⁵²

2.3 Do Procedimento Positivado

A Lei nº 13.431/17 foi criada com o intuito de efetivar os direitos da criança e do adolescente, estipulando normas de proteção aos infantes que tenham sofrido ou presenciado um episódio de violência, estando assim em situação de

violência, na Rede de Proteção. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 33 de 23/11/10.

Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_33_23112010_22102012173311.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

⁵² CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota Técnica nº 1/2018/Gtec/Cg. **Nota técnica sobre os impactos da Lei Nº 13.431/2017 da atuação das psicólogas e dos psicólogos.** Brasília, DF, 2018. Disponível em: < https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/NOTA-TECNICA-N%C2%BA-1_2018_GTEC_CG.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

vulnerabilidade agravada. A legislação tem como base a Doutrina da Proteção Integral da Criança, que foi inserida no ordenamento jurídico pátrio através do art. 227 da Constituição Federal, *ad verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵³

Mais abrangente que a proposta inicial, que visava à implementação de um novo sistema de oitiva apenas de infantes vítimas de violência sexual, a legislação abarcou ainda a violência física, psicológica e institucional, além de também se aplicar aos menores que sejam testemunhas de crimes violentos. Ademais, a lei obrigatoriamente se aplica a crianças e adolescentes, mas poderá ser aplicada em situações em que a vítima ou testemunha possuir entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos.

A lei estabeleceu dois tipos de procedimento de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, sendo eles a escuta especializada e o depoimento especial. O primeiro se refere ao “procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção⁵⁴, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”.⁵⁵

Trata-se, portanto, do atendimento primário do menor, que terá como principal objetivo conferir aos profissionais da rede de proteção informações necessárias para elaborar um plano de atuação com relação ao infante e seus familiares, possibilitando que sejam tomadas as medidas necessárias a assegurar a proteção do indivíduo que se viu vulnerado ou que presenciou uma situação conturbada.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁵⁴ Entende-se por rede de proteção o conjunto de órgãos municipais encarregados do atendimento e da promoção de direitos de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias. A rede é composta por psicólogos, assistentes sociais e conselheiros tutelares.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Apesar de possuir finalidade diversa do depoimento especial, não há empecilho para que as informações obtidas na escuta especializada possam ser utilizadas como prova no curso do processo, uma vez que a própria legislação em comento, em seu art. 22, estabelece que os órgãos policiais devam realizar outras diligências investigativas para que o depoimento especial não seja a única prova produzida na ação penal.

A escuta especializada não obedece a um rito específico, cabendo aos profissionais da rede de proteção seguir os protocolos gerais de atuação e as demais normas técnicas aplicáveis a cada caso, além de observarem as diretrizes previstas na legislação no que se refere ao respeito da condição do menor e proteção de seus direitos em todos os aspectos.

Ressalte-se que a escuta especializada não necessariamente ocorrerá em uma fase pré-processual, uma vez que durante o trâmite do inquérito policial ou da ação penal poderá ser determinado que a rede de proteção entreviste o menor. No último caso, a escuta especializada deverá ocorrer na forma de perícia, em que haverá a elaboração de quesitos pelas partes e pelo magistrado, o que, em tese, asseguraria o exercício do contraditório e da ampla defesa.⁵⁶

Esse procedimento poderá ocorrer em mais de uma situação, a depender da maneira com que o infante irá se portar, sendo certo que o menor não poderá ser obrigado a dar nenhuma declaração, de modo que todo procedimento deverá observar as condições psicológicas e emocionais do infante, que deverá dispor de tempo para dar suas declarações. A repetição do ato se dará apenas nos casos em que se observar a estrita necessidade, tendo em vista o princípio da intervenção mínima e o cerne da própria lei, que seria proteger os infantes de eventual ocorrência de revitimização.

O depoimento especial, por sua vez, deve obedecer a um rito específico. Além das previsões da própria legislação em análise, o Decreto nº 9.603/18 foi publicado com o intuito de regulamentar a Lei do Depoimento Especial, e os Tribunais de Justiça editaram portarias para trazer disposições específicas acerca do procedimento a ser seguido. Segundo o art. 22 do Decreto nº 9.603/18, “depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima

⁵⁶ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, EDUARDO. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Ministério Público do Estado do Paraná Curitiba, 2018. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária com a finalidade de produção de provas”⁵⁷.

De proêmio, a autoridade policial ou judicial deverá ponderar se é estritamente necessária a inquirição da criança e do adolescente, de modo que nos casos em que as demais provas coligidas no bojo do inquérito policial ou da ação penal forem suficientes para embasar o édito condenatório, sendo que havendo provas suficientes, a oitiva do menor deverá ser dispensada.

O depoimento especial ocorrerá em sala projetada para esse fim, com decoração acolhedora e simples, sendo ao mesmo tempo um ambiente agradável, mas sem distrações, e poderá contar com uma sala de observação semelhante à Câmara de Gesell, possibilitando assim o acompanhamento do depoimento por outros profissionais.⁵⁸

O infante será intimado para comparecer a sala de colheita do Depoimento Especial trinta minutos antes do horário previsto para a audiência, evitando que o menor seja submetido a qualquer tipo de contato com o réu, e ali se iniciará o processo de ambientação do depoente. Todo o procedimento será transmitido em tempo real para a sala de audiências, onde estarão presentes o juiz e as partes.

Nesse primeiro momento, o profissional técnico informará ao infante e seu responsável legal sobre todo o procedimento e o cientificará acerca de seus direitos, inclusive sobre o direito de permanecer em silêncio e o de prestar suas declarações diretamente ao juiz, no modo convencional de oitiva.⁵⁹

Em seguida, o profissional técnico dará início ao “*rapport*”⁶⁰, estabelecendo vínculo de confiança com o depoente e criando uma atmosfera propícia à abertura do infante, sendo que este momento também deverá ser registrado por equipamento

⁵⁷ BRASIL, Decreto nº 9.603/2018. **Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.** Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 dez de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

⁵⁸ BRASIL, Decreto nº 9.603/2018. **Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.** Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 dez de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm>. Acesso em 10 nov 2019.

⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Portaria Conjunta nº 823/PR/2019, 20 mar 2019. **Regulamenta o funcionamento do Depoimento Especial no âmbito da Justiça Comum estadual de primeiro grau do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc08232019.pdf>>. Acesso em 12 nov 2019.

⁶⁰ Rapport é um conceito do ramo da psicologia que significa uma técnica usada para criar uma ligação de sintonia e empatia com outra pessoa.

de gravação. Ato contínuo se procederá à colheita do depoimento do infante, onde o entrevistador forense deverá prezar pela livre narrativa do depoente, interrompendo-o apenas quando for imprescindível e evitando perguntas sugestionáveis. É proibida a leitura da denúncia ou de peças processuais, evitando-se o induzimento de respostas.

Após essa fase, caso haja perguntas complementares formuladas pelas partes e autorizadas pelo magistrado, estas serão passadas para o entrevistador por ponto eletrônico ou outro meio de comunicação. O entrevistador adaptará as perguntas para o correto entendimento do depoente. A lei admite que o entrevistador deixe de fazer algum questionamento quando julgar que a pergunta causará danos ao menor, devendo justificar sua omissão ao magistrado.

Durante a condução do depoimento especial, o entrevistador forense deverá observar as seguintes prerrogativas:

§1º A condução do depoimento especial observará o seguinte: I - os repasses de informações ou os questionamentos que possam induzir o relato da criança ou do adolescente deverão ser evitados em qualquer fase da oitiva; II - os questionamentos que atentem contra a dignidade da criança ou do adolescente ou, ainda, que possam ser considerados violência institucional deverão ser evitados; III - o profissional responsável conduzirá livremente a oitiva sem interrupções, garantida a sua autonomia profissional e respeitados os códigos de ética e as normas profissionais; IV - as perguntas demandadas pelos componentes da sala de observação serão realizadas após a conclusão da oitiva; V - as questões provenientes da sala de observação poderão ser adaptadas à linguagem da criança ou do adolescente e ao nível de seu desenvolvimento cognitivo e emocional, de acordo com o seu interesse superior; e VI - durante a oitiva, deverão ser respeitadas as pausas prolongadas, os silêncios e os tempos de que a criança ou o adolescente necessitarem.⁶¹

Finalizado o depoimento especial, o entrevistador inicia a fase de acolhimento do infante, onde prestará os últimos esclarecimentos e encerrará o ato. Sendo constatada a necessidade de acompanhamento da rede de proteção, o entrevistador procederá ao encaminhamento do menor e de seus familiares aos serviços de apoio necessários.

O depoimento deverá ser gravado em mídia audiovisual e anexado aos autos do processo para que possa ser consultada a qualquer momento pelo magistrado e

⁶¹ BRASIL, Decreto nº 9.603/2018. **Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.** Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 dez de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

pelas partes. Importante ressaltar que a Lei nº 13.431/17, em seu art. 24, criou um novo tipo penal acerca do sigilo processual do depoimento especial, o que deverá ser observado pelas partes e pelo juiz, *ad verbis*:

Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal. Pena - reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

O art. 11 da Lei nº 13.431/17 estabelece que, sempre que possível, o depoimento especial ocorrerá em sede de antecipação de prova, seguindo o rito que já foi detalhado anteriormente. Tal medida visa assegurar a qualidade da prova, na medida em que o depoimento será tomado no calor dos fatos, mas também visa resguardar a vítima, pois devido a morosidade judicial, muitas vezes vítimas e testemunhas são chamadas a depor muito tempo após o fato criminoso, de modo que reviver uma situação violenta muito tempo depois, pode reavivar um trauma que porventura já tenha sido minimizado com o passar do tempo.⁶²

Nos casos em que a criança tiver menos de 07 (sete) anos ou quando se tratar de crime de violência sexual, a realização do depoimento especial em sede de antecipação de prova é regra, pois além de se tratar de delitos altamente reprováveis pela sociedade, merecendo celeridade em seu processamento, objetiva-se conferir maior credibilidade à prova, que seria produzida no calor dos acontecimentos, pois em delitos dessa espécie, que na maioria das vezes ocorrem na clandestinidade, é comum que a palavra da vítima seja a única prova a ser considerada.⁶³

⁶² BRASIL, Decreto nº 9.603/2018. **Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.** Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 dez de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

⁶³ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, EDUARDO. **Comentários à Lei nº 13.431/2017.** Ministério Público do Estado do Paraná Curitiba, 2018. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CAPÍTULO III - OS PREJUÍZOS DA ADOÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO COLHEITA DE PROVAS

O presente capítulo abordará os pontos obscuros da Lei do Depoimento Especial, demonstrando que o referido procedimento além de não proteger o infante ouvido em juízo da chamada sobrevitimização, ainda viola seriamente os direitos do cidadão acusado e do entrevistador, que na maioria das vezes é um psicólogo ou assistente social, uma vez que tais profissionais sofrem um processo de instrumentalização nessa nova sistemática.

3.1 Da violação aos direitos do menor e do profissional técnico

Os defensores da aplicação da Lei do Depoimento Especial, na perspectiva da Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, acreditam que esse é um meio pelo qual os direitos das crianças e vítimas e testemunhas são integralmente preservados. Para essa vertente de juristas, a ambientação adequada e condução por um profissional que teoricamente possui a habilidade de adequar a sua linguagem a da criança seria suficiente para tornar o procedimento de inquirição menos traumático.

Segundo a psicologia, todas as vezes que revisitamos a memória de um evento doloroso, experimentamos novamente todos os sentimentos vivenciados. Nessa perspectiva, independentemente da forma como for conduzida a oitiva do infante, o fato de relatar a situação em que foi vulnerado é suficiente para causar dor e sofrimento ao menor, podendo ser encarado como um processo de revitimização.⁶⁴ Vejamos:

O trauma entendido como um evento em que o sujeito não consegue articular numa cadeia simbólica, contracenando com a fantasia do sujeito, mas que guarda uma dimensão de objeto. O sentido do evento acontece somente depois. Ainda que o sentido sexual, para Freud, apareça para o sujeito de maneira precoce, aparentemente não lhe diz respeito, justamente porque entre o ato e a significação medeia um tempo linearmente variável e dependente de sua estrutura psíquica, bem assim do momento em que há uma passagem do lugar passivo de objeto (de manipulação) para o de

⁶⁴ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota Técnica nº 1/2018/Gtec/Cg. **Nota técnica sobre os impactos da Lei Nº 13.431/2017 da atuação das psicólogas e dos psicólogos.** Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/NOTA-TECNICA-N%C2%BA-1_2018_GTEC_CG.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

sujeito (estabelecedor de sentido). Somente aí é que o sentido advém. Desta forma, o que “traumatiza” não é o ato em si, mas a lembrança dele.⁶⁵

Observa-se que os percussores do depoimento especial optaram por uma tentativa de tornar o processo de inquirição mais ameno, contudo, ainda persiste o paradigma de busca da verdade real como prioridade absoluta. Nesse sentido:

O discurso jurídico dos operadores do direito, revestido de poder, dominação e principalmente falta de conhecimentos específicos sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes não leva a uma situação ideal de fala, a comunicação no processo, quando envolve crianças e adolescentes vítimas-testemunhas e operadores jurídicos fica distorcida, não há um diálogo que possibilite o “encontro”, a compreensão da vítima como sujeito de direitos. Os operadores do direito buscam incessantemente a verdade dos fatos e nessa busca esquecem que estão lidando com a vida de seres humanos e não objetos processuais, pois as crianças e adolescentes que foram objetos sexuais, no processo tornam-se objetos processuais, meios de prova para a condenação do agressor.⁶⁶

Destarte, mesmo reconhecendo que o depoimento especial é fruto de uma nova perspectiva do processo penal que volta seu olhar à vítima, observa-se que a criança e/ou o adolescente continuam sendo vistos como mero meio de produção de probatória, sendo que muitas vezes carregam o peso de que das suas declarações é que se extrairá a prova necessária para condenar o seu algoz. Este é um dos motivos pelos quais os psicólogos se posicionam contra a realização do depoimento especial, uma vez que acreditam que esta medida não atenua o impacto negativo da inquirição com relação ao depoente infante.

Para estes profissionais, o procedimento passa a ideia de proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, quando na verdade a finalidade é apenas punitivista, buscando-se a condenação a qualquer custo. Em suma, ao notar que os profissionais do direito possuíam dificuldade em interagir com crianças e adolescentes durante a instrução processual, ante a ausência de capacitação técnica para tanto, optou-se por terceirizar este papel, incumbindo aos profissionais

⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **O Depoimento Sem Dano e o Advogado do Diabo – A Violência "Branda" e o "Quadro Mental Paranóico" (Cardero) no Processo Penal.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DocGo.Net-Depoimento%20Sem%20Dano%20e%20o%20Advogado%20Do%20Diabo%20-%20Alexandre%20Morais%20Da%20Rosa.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁶⁶ BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar.** 2007. 42 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 170.

técnicos que estão habituados a lidar com crianças e adolescentes o papel de inquiridor.⁶⁷

O discurso de proteção integral dos direitos do infante e combate a revitimização seria mera cortina de fumaça para a facilitação de trâmites processuais, ante a imperícia de juízes, promotores e advogados para lidar com a inquirição de vítimas e testemunhas no processo penal.

Além da contínua vulneração dos direitos do menor, a determinação de que os psicólogos e assistentes sociais que laborem no ambiente forense conduzam a oitiva do infante na qualidade de inquiridor fere os direitos dos profissionais técnicos. A função do psicólogo e do assistente social é de realizar a escuta dos infantes em um viés de acolhida, cujo objetivo é elaborar uma proposta de intervenção segundo as necessidades do orador. Lado outro, independente da forma, a inquirição judicial tem como finalidade a obtenção de provas aptas a embasar a deslinde da ação penal, o que vai a desencontre do objetivo essencial da escuta por profissionais da psicologia e da assistência social.

Entende-se por escuta psicológica:

A escuta psicológica caracteriza-se por ser uma relação de cuidado, acolhedora e não invasiva, para a qual se requer a disposição de escutar, respeitando-se o tempo de elaboração da situação traumática, as peculiaridades do momento do desenvolvimento, e sobretudo, visando a não revitimização. A escuta, quando da avaliação pericial da Psicologia, leva em conta a dimensão subjetiva, que também deve ser considerada na perspectiva dos direitos humanos, além de se utilizar de métodos, técnicas e teorias próprias da Psicologia, sendo peça fundamental para o auxílio na comprovação da prática do crime de abuso sexual, e, conseqüentemente, para a proteção de crianças e adolescentes vítimas.⁶⁸

A inquirição é um procedimento naturalmente jurídico e deve ser objetivo, evitando-se qualquer desvio que obste a busca da “verdade real”. Por outro lado, a escuta pelos profissionais da psicologia e serviço social são dotadas de subjetividade, considerando que até mesmo lapsos, sonhos e fantasias são importantes para que tais profissionais desvendem a melhor forma de intervenção

⁶⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CFP se posiciona em relação ao dispositivo denominado “Depoimento Sem Dano”**. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/cfp-se-posiciona-em-relao-ao-dispositivo-denominado-depoimento-sem-dano/>>Brasília, DF, 2010. Acesso em 16 out. 2019

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Conselho Federal de Psicologia e a prática da Escuta Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual**. 2015. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

para minimizar os danos causados pelo episódio violento, sendo este o objetivo primário da escuta técnica. Assim, entende-se que:

A metodologia da “Escuta Especial” interfere nos objetivos, nas finalidades e nas particularidades da profissão de Psicologia, visto que seu objetivo principal é construir provas contra o agressor, finalidade esta que embora relevante não é objeto da intervenção do profissional da psicologia, e a “Escuta Especial” constitui-se em negação da autonomia profissional, restringe habilidades, atribuições e competências.⁶⁹

Portanto, vislumbra-se a necessidade de implementação de medidas realmente eficazes para a proteção dos menores no âmbito da justiça criminal, uma vez que restou demonstrando que a metodologia adotada não surte efeitos positivos no emocional do ouvinte e ainda fere os preceitos éticos e profissionais de psicólogos e de assistentes sociais que se veem obrigados a suprimir o seu desígnio profissional para efetuar uma função própria do poder judiciário.

3.2 Da violação aos direitos constitucionais do acusado

Os princípios processuais penais são garantias caras ao acusado e a toda sociedade, sendo que não há justificativa plausível para a supressão de sua incidência, uma vez que tais princípios representam a garantia de segurança jurídica, pois asseguram que os sujeitos culpados sejam penalizados ao mesmo tempo em que resguarda ao sujeito inocente o direito de se defender de uma acusação injusta.

Lembraremos apenas que o contraditório, cuja compreensão até a década de 1970 limitava-se à garantia de participação das partes no processo, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas, passou, com a doutrina do italiano Elio Fazzalari, a incluir também o critério de *igualdade* ou da *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida, se fizesse em *simétrica paridade*. Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigida não só a garantia de participação, mas a *efetiva participação*, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo.⁷⁰

A metodologia adotada a partir da Lei nº 13.431/17 muito se difere daquela prevista pelo CPP no que diz respeito à oitiva de vítimas e testemunhas. O art. 212 do CPP eliminou o modelo presidencialista, passando a prever que as perguntas

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2019, p. 331.

devem ser formuladas pelas partes diretamente aos depoentes. Essa nova disposição assegurar a parcialidade do juiz, considerando que nessa sistemática o magistrado deixa o papel de juiz-ator, que participa ativamente da produção da prova, e passa a ocupar o papel de fiscalizador.

O *cross examination*⁷¹ veio garantir o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No sistema presidencialista, muitas vezes as perguntas eram repassadas aos depoentes pelo juiz de maneira diversa da pretendida pelas partes ou eram indeferidas, de modo que a capacidade de defesa dos réus era drasticamente tolhida, pois não exercia plenamente o contraditório.⁷²

Observa-se assim que a transição do sistema presidencialista para o *cross examination* é fruto do processo de constitucionalização do processo penal, que ainda carrega marcas do modelo inquisitório. Dessa forma, a produção probatória se torna responsabilidade das partes, cabendo à parte interessada formular as perguntas que achar pertinente, sistemática em que o magistrado poderá intervir nos casos em que as perguntas se mostrarem descabidas ou ofensivas. Logo após a formulação de perguntas pela parte interessada, será oportunizado que a parte adversa faça seus questionamentos, em observância ao princípio do contraditório, e ao final, o magistrado poderá realizar perguntas em cunho complementar.⁷³

Assim discorre Alexandre Morais da Rosa:

O que há de-novo no “Depoimento Sem Dano” é a “terceirização” do lugar de Inquisidor, ou mesmo, cheio de boas intenções, a transferência da função de “sugador” de significantes, à força simbólica e sua violência respectiva, para um profissional de outra área, em princípio, mais capaz de “abrandar” a violência e imaginariamente funcionar como “mecanismo paliativo de desencargo”, na sanha de se condenar, até porque, de regra, são iludidos sobre o lugar e função do Direito Penal numa Democracia.⁷⁴

A metodologia do depoimento especial faz mais que retroceder ao modelo presidencialista: insere terceiro na persecução penal e retira a gestão da prova das

⁷¹ Sistema de inquirição onde as testemunhas e vítimas são questionadas diretamente pela parte que a arrolou e em seguida são submetidas ao exame cruzado, onde a parte adversa também formula perguntas diretas.

⁷² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 569.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 459.

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **O Depoimento Sem Dano e o Advogado do Diabo – A Violência "Branda" e o "Quadro Mental Paranóico" (Cardero) no Processo Penal**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DocGo.Net-Depoimento%20Sem%20Dano%20e%20o%20Advo gado%20Do%20Diabo%20-%20Alexandre%20Morais%20Da%20Rosa.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

mãos das partes. Acusação e defesa se veem na posição de formular as indagações ao juiz, que caso entenda pertinente repassará a pergunta para o entrevistador, que por sua vez poderá reformulá-la ou ainda negar-se a realizar a pergunta. Esse trâmite é flagrantemente prejudicial aos direitos do acusado, pois retira da defesa o direito de formular as indagações necessárias para a elucidação dos fatos e conseqüentemente da construção da tese defensiva.

Essa prática oferece dificuldades insuperáveis tanto para o exercício do direito ao efetivo contraditório quanto para a plena realização do direito ao confronto, vez que o procedimento é mediatizado duplamente: pela interferência das atividades de filtragem das perguntas realizadas pelo juiz e, depois, pela reinterpretção e reformulação pelos técnicos na inquirição do menor.⁷⁵

Outrossim, o fato de haver um psicólogo ou assistente social no papel de entrevistador fere o princípio da objetividade da prova testemunhal, dado que ao manifestar suas apreciações pessoais, esses profissionais poluem e induzem o depoimento do infante. Na mesma toada, por permitir que o depoente relate as informações livremente, o art. 213 do CPP, que estabelece que a testemunha não possa manifestar suas apreciações pessoais, exceto quando indissociáveis do fato, também é violado.⁷⁶

Sobre objetividade da prova testemunhal, Aury Lopes Júnior discorre que:

A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des) valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado.⁷⁷

A ausência de objetividade da prova testemunhal é um dos fatores que contribui para a criação de falsas memória e ocorrência do quadro mental paranoico, o que contribui para a criação de um cenário em que se busca confirmar aquilo que já se acredita ser verdade. Ora, ao se falar em combate a revitimização

⁷⁵ GLOECKER, Ricardo Jacobse. **Depoimento sem dano? Das funções não declaradas ao regime de heteroverificação no processo penal.** Revista Liberdades. Ed. 22, maio/agosto de 2016. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/27/RevistaLiberdades%2022_10_INFANCIA02.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em 19 abr. de 2019.

⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 471.

há o reconhecimento subjetivo de que o fato alvo de investigação ocorreu e que o investigado/acusado é culpado.

Assim, a sistemática do depoimento sem dano, que vem travestida de busca pela proteção dos infantes na seara processual, representa, na verdade, um meio de confirmação de uma verdade que já está consolidada, minando a presunção de inocência. Esse caráter efficientista e punitivista engajado na busca da verdade real se materializa na reprodução de práticas inquisitórias e autoritárias, onde se busca justificar a supressão dos direitos do acusado em prol da proteção de infantes vulneráveis, o que, conforme já demonstrado, não corresponde à realidade.

3.3 Da fragilidade da prova produzida

A implementação do depoimento especial no ordenamento jurídico pátrio utiliza-se de “técnicas de sugestão deliberadas para desvelamento do que se acredita desde antes existentes”.⁷⁸ O procedimento se enquadra na definição de quadro mental paranoico, fenômeno típico dos sistemas processuais inquisitórios, onde o julgador valora apenas os indícios e provas que ratifiquem sua convicção primária quanto ao evento criminoso, ignorando as provas produzidas pela parte adversa.⁷⁹

A incidência do quadro mental paranoico é propícia para a incidência de falsas memórias. No âmbito do depoimento especial, considerando que há uma convicção prévia de que o acusado é o autor do fato delituoso, a falta de objetividade na condução da oitiva do infante certamente será marcada pela sugestionabilidade e indução do depoimento, de modo que a prova coletada é frágil.⁸⁰

Interessante lembrar que os delitos violentos, em especial os de cunho sexual, na maioria das vezes ocorrem na clandestinidade, longe dos olhares de testemunhas, de modo que as únicas provas a serem produzidas são o

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em 19 abr. de 2019.

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **O Depoimento Sem Dano e o Advogado do Diabo – A Violência "Branda" e o "Quadro Mental Paranoico" (Cardero) no Processo Penal.** Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DocGo.Net-Depoimento%20Sem%20Dano%20e%20o%20Advogado%20Do%20Diabo%20-%20Alexandre%20Morais%20Da%20Rosa.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁸⁰ Idem.

interrogatório do acusado e a oitiva da vítima. Neste viés, o contraditório é fictício e o acusado não possui os subsídios necessários para exercer seu direito à ampla defesa, e observa-se a possibilidade de que o depoimento maculado por falsas memórias seja a única prova utilizada para embasar a condenação desse sujeito.

3.3.1 Falsas memórias e interpretação da fala da criança

A prova testemunhal prescinde da memória humana, que é finita e falha. As memórias declarativas, que fazem alusão a fatos, eventos e pessoas, correspondem a representações aproximadas das realidades vivenciadas, pois ao longo do tempo, os detalhes não emocionais que permeiam as situações vivenciadas tendem a ser esquecidos. Considerando que a tendência da mente humana é apegar-se as memórias emocionais e descartar a memória cognitiva, Cristina Gessu pontua quatro paradoxos acerca da memória dos depoentes:

1) a memória é social e não individual, ou seja, nunca se recorda de nada sozinho; 2) diferentemente do que se poderia pensar, a memória opera a partir do presente, estando longe de derivar do passado; 3) o terceiro paradoxo faz alusão à dinamicidade da memória: “A memória situa-se no prolongamento direto do precedente: se a memória opera a partir do presente e não do passado, é porque ela é uma disposição ativa, até voluntária, e não uma faculdade; 4) por fim, o quarto e último paradoxo relaciona a memória ao esquecimento: a memória não se opõe ao esquecimento; ao contrário, pressupõe-no.⁸¹

Qualquer indivíduo está sujeito a ser sugestionado por fatores externos ou ser enganado por suas próprias emoções e assim criar falsas memórias, mas tal fato se agrava no caso em que o alvo da sugestionabilidade é uma criança ou um adolescente. De tal modo, é importante que o entrevistador se manifeste apenas quando estritamente necessário, uma vez que as respostas podem ser diretamente influenciadas pela pergunta, considerando que essa pode despertar no depoente sentimentos que o leve a preencher lembranças fragmentadas com deduções lógicas.

A psicologia desvendou que a forma com que as perguntas são formuladas interfere diretamente no depoimento do inquirido, de modo que quando são empregadas técnicas de sugestionabilidade, as declarações prestadas pelas

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos**. Revista de estudos criminais – ano VII – 2007 – nº 25.

vítimas e testemunhas muitas vezes são fantasiosas, não correspondendo integralmente à realidade.

Entende-se por falsas memórias:

[...] inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa. LOFTUS constatou, através de experimentos com mais de 20 mil pessoas, que “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”.⁸²

Os experimentos realizados levaram à conclusão de que as crianças são ainda mais vulneráveis à sugestão, porque a tendência do infante é de corresponder às expectativas do adulto entrevistador. Foram encontrados dois principais pontos de fragilidade que levam a essa abertura à falsa memória, sendo eles: “a) cognição ou auto-sugestão, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; b) e outro social, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador”.⁸³

Essa aptidão do infante a desenvolver falsas memórias se agrava na medida em que isso ocorre no seio do quadro mental paranoico, onde o entrevistador possui uma convicção prévia do fato em análise e acaba por conduzir a entrevista visando à obtenção de informações que confirmem seu julgamento prévio, menosprezando os relatos que sejam contrários a essa realidade idealizada. Além disso, o infante está sujeito a ter falsas memórias induzidas pelas falas de parentes, amigos, autoridades e pela mídia.

É evidente que o direito não pode desconsiderar o valor da prova testemunhal, principalmente no âmbito da justiça criminal, mas é necessário que a prova oral seja corroborada por outros elementos probatórios, tendo em vista que restou comprovado que o depoimento da criança e do adolescente está sujeito à contaminação pelas falsas memórias.

A sistemática do depoimento especial representa a busca da verdade real a qualquer custo, visando acalantar a sociedade ao repassar a imagem de uma justiça que se preocupa em proteger as vítimas e culpabilizar os violadores de direito. Essa

⁸² LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos**. Revista de estudos criminais – ano VII – 2007 – nº 25.

⁸³ Idem.

sina por fazer justiça em nome dos infantes pode macular a prova produzida, culminando em uma condenação injusta e na violação dos direitos do infante, que passará a contar com uma falsa memória traumática.

O ideal é que além de conferir celeridade aos processos envolvendo infantes, o entrevistador seja capacitado para “empregar técnicas específicas de interrogatório e entrevista cognitiva que permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores às das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas”⁸⁴.

O entrevistador deve, ainda, ser capacitado para conduzir a entrevista com imparcialidade, desprendido das personas de “vítima” e “acusado” e da sede de justiça, pois:

[..] é bastante comum que crianças e adolescentes utilizem a acusação de abuso sexual para fazer cessar outras formas de violência física, psicológica ou negligência. Nestes casos, a prisão do pai ou padrasto representa o afastamento do lar. Não raras vezes, vêem-se em sede de revisão criminal, através de justificação judicial, menores retratando-se das acusações de abuso contra seus supostos agressores, afirmando abertamente que “inventaram” a situação para afastá-los do lar. Além disso, denúncias de abuso sexual figuram como uma arma poderosa nas ações de separação ou divórcio, em que se disputa a guarda dos menores.⁸⁵

Assim, observa-se que a simples retirada da criança da sala de audiências e da presença das partes não é suficiente para garantir que a prova seja isenta de máculas, considerando que o fenômeno das falsas memórias é muito mais abrangente e ainda e uma possibilidade latente no que diz respeito ao relato de vítimas e testemunhas infantes, de modo que se observa que o depoimento especial não conferiu maior credibilidade à prova testemunhal a ser produzida, credibilidade esta que está condiciona a outras variáveis que poderiam ser facilmente aplicadas ao procedimento convencional.

Demais disso, independente do rito a ser seguido, registra-se uma crítica à cultura do processo penal brasileiro de, por pura comodidade, se adotar a prova testemunhal como única prova nos casos em que haveria a possibilidade de se optar pela produção de prova pericial.

⁸⁴ **LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di.** Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. **Revista de estudos criminais – ano VII – 2007 – nº 25.**

⁸⁵ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A metodologia do “depoimento sem dano” surgiu com a promessa de eximir a revitimização no procedimento de oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência sexual. O projeto implementado pelo magistrado José Antônio Daltoé com base nos estudos da promotora de justiça Velda Dobke foi copiado por diversas comarcas do país e despertou a atenção do judiciário, que recomendou a adoção do procedimento pelas demais comarcas, e pelo legislativo, culminando na Lei nº 13.431/17.

No lapso de 16 (dezesseis) anos entre a data da realização do depoimento sem dano por Daltoé e a aprovação da Lei do Depoimento Especial, a metodologia sofreu duras críticas por parte dos conselhos de psicologia e assistência social, que defendiam com base em estudos científicos que as formalidades do então chamado depoimento sem dano não eliminavam a revitimização e ainda feriam os direitos éticos e profissionais dos assistentes sociais e psicólogos, que são chamados a exercer uma função estranha àquela que desempenha. Juristas renomados como Aury Lopes Júnior, Alexandre Morais da Rosa e Cristina Gesu, também denunciaram a incompatibilidade da metodologia com o sistema acusatório e com os princípios processuais penais antes mesmo da aprovação da legislação.

Ignorando as críticas dos especialistas, e com o apoio de defensores dos direitos das crianças e dos adolescentes, o projeto de lei foi aprovado, sendo instituídos dois novos procedimentos: a escuta especializada e o depoimento especial. A escuta especializada diz respeito a escuta técnica que já era realizada pelos profissionais da rede de proteção, cujo objetivo é colher informações necessárias para elaborar um plano de intervenção que atenda ao infante.

O depoimento especial estabelece que a oitiva judicial de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de adolescentes se dará fora da sala de audiências, em ambiente acolhedor e conduzida por profissional técnico, normalmente psicólogo ou assistente social que atue no âmbito forense, sendo a oitiva transmitida para a sala de audiências. Às partes será oportunizada a formulação de perguntas, que serão transmitidas pelo magistrado ao entrevistador por meio de recursos tecnológicos, contudo, o entrevistador possui a prerrogativa

de alterar os questionamentos ou ainda de não repassá-los, devendo justificar tal ato com base em potencial dano a ser causado ao depoente pela pergunta.

Dezesseis anos se passaram e os conselhos de psicologia e assistência social ainda apresentam resistência à realização do depoimento especial. Segundo eles, o simples fato de retomar a lembrança de um evento doloroso é capaz de alimentar o trauma, ocorrendo a revitimização, de modo que é pouco relevante o local ou a formalidade com que será conduzida a oitiva do menor.

Na mesma toada, o argumento de que o depoimento especial garante que a prova oral colhida seja dotada de maior credibilidade não merece prosperar, tendo em vista que a sistemática do depoimento especial representa a adoção de um quadro mental paranoico, onde influenciado por valores morais e sociais, há a convicção antecipada de que o acusado é culpado do crime que lhe é imputado, o que acaba por desencadear em indução das declarações do depoente pelo entrevistador, ainda que inconscientemente.

Restou demonstrado ao longo do trabalho que os direitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa são minados na adoção do depoimento especial. Isso se dá ao fato de que a metodologia remonta ao sistema presidencialista em que a gestão das provas é retirada da mão das partes, em que o juiz sai do papel de fiscalizador e assume uma postura ativa na produção de provas e se insere terceiro estranho ao trâmite processual, sendo que é este último quem detêm o poder de fiscalizar as indagações a serem formuladas.

Essa metodologia é típica do sistema inquisitório e significa um retrocesso com relação ao processo de constitucionalização do processo penal, em que a solução mais democrática é adotar o sistema acusatório, que garante que os direitos constitucionais do acusado sejam efetivados, na medida em que garante que a defesa possua todos os instrumentos necessários para exercer o contraditório de maneira plena, podendo gozar da ampla defesa e de todos os demais direitos processuais inerentes ao devido processo legal.

Considerando que restou provado que depoimento especial ainda revitimiza o infante e que a prova oral colhida não possui maior credibilidade que aquela produzida a partir do método convencional, observa-se que a supressão dos direitos constitucionais do acusado não encontra justificativa, tendo em vista que não há que se falar em ponderação de direitos constitucionais, uma vez que o procedimento em comento não observa a doutrina da proteção integral da criança.

Ademais, chega-se a conclusão de que o discurso de proteção das vítimas e testemunhas crianças e adolescentes é apenas cortina de fumaça para a aplicação de uma metodologia eficientista e punitivista, cuja única finalidade é aumentar o número de condenações em delitos com essas características para passar para a sociedade a imagem de um judiciário que defende os “valores de bem” e que pune os transgressores da lei.

Destarte, conclui-se que ao judiciário caberia fomentar a adoção de outros meios de produção de prova, quando necessário, e nos casos em que for imprescindível a oitiva do infante, capacitar magistrados, promotores de justiça e advogados para a inquirição adequada à condição do depoente. Além disso, é necessário que os agentes processuais sejam capacitados para a condução adequada da oitiva de criança e adolescentes, sendo que para assegurar a aplicação dos princípios processuais e garantir maior credibilidade à prova colhida, é necessário que os entrevistadores não usem de sugestionabilidade e indução, sob pena de macular a prova e violar os direitos da criança e do adolescente, implantando falsas memórias e fomentando traumas permanentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, G. N. de. **Fraturas do sistema penal: o sintoma das falsas memórias na prova testemunhal**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: < <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4906/1/445814.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. 2007. 42 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 33 de 23/11/10. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_33_23112010_22102012173311.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL, Decreto nº 9.603/2018. **Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 dez de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 523: **No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em 17 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CFP se posiciona em relação ao dispositivo denominado “Depoimento Sem Dano”**. Brasília, DF, 2010 Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp-se-posiciona-em-relao-ao-dispositivo-denominado-depoimento-sem-dano/>. Acesso em 16 out. de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Conselho Federal de Psicologia e a prática da Escuta Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota Técnica nº 1/2018/Gtec/Cg. Nota técnica sobre os impactos da Lei Nº 13.431/2017 da atuação das psicólogas e dos psicólogos**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/NOTA-TECNICA-N%C2%BA-1_2018_GTEC_CG.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 010, 29 de junho de 2010. Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção.** Brasília, DF, 2010. Disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Resolução CFESS nº 554, de 15 de setembro de 2009. Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social.** Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, EDUARDO. **Comentários à Lei nº 13.431/2017.** Ministério Público do Estado do Paraná Curitiba, 2018. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DOBKE, Veleda. **Abuso sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FRANCO, João Vitor Sias. O Contraditório Democrático no Novo Código de Processo Civil. IN: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; DEL PUPO, Thais Milani. **Estudos sobre Direito Processual.** Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

GESU, C. di. **Prova penal e falsas memórias.** 2. ed., ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GLOECKER, Ricardo Jacobse. **Depoimento sem dano? Das funções não declaradas ao regime de heteroverificação no processo penal.** Revista Liberdades. Ed. 22, maio/agosto de 2016. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/27/RevistaLiberdades%2022_10_INFANCIA02.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos.** Revista de estudos criminais – ano VII – 2007 – nº 25.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 6.ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 23 ed. São Paulo: Atlas. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINHO, Marcelo. **Direito penal descomplicado.** 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **O Depoimento Sem Dano e o Advogado do Diabo – A Violência "Branda" e o "Quadro Mental Paranóico" (Cardero) no Processo Penal.** Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DocGo.Net-Depoimento%20Sem%20Dano%20e%20o%20Advogado%20Do%20Diabo%20-%20Alexandre%20Morais%20Da%20Rosa.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual pena** – 6ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Portaria Conjunta nº 823/PR/2019, 20 mar 2019. **Regulamenta o funcionamento do Depoimento Especial no âmbito da Justiça Comum estadual de primeiro grau do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc08232019.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2019.

VILELA, Laurez Ferreira. **Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal.** Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2005.