

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata do Depoimento sem Dano nos crimes de abuso sexual de crianças e adolescentes. O procedimento, inicialmente nominado Depoimento sem Dano, foi implantado inicialmente em 2003, com protagonismo da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Atualmente, encontra-se institucionalizado, tendo sido inclusive previsto e regulamentado por meio da Lei 13.431/2017, de autoria da Deputada Maria do Rosário (PT-RS).

Esta técnica consiste em ouvir a criança ou adolescente vítima de abuso sexual de maneira individual e cuidadosa, com o auxílio de profissionais capacitados das áreas da psicologia e assistência social, principalmente, a fim de evitar traumas ainda maiores na vítima, tal como a “revitimização”, além de outros problemas. O tema possui grande relevância.

A importância do depoimento sem dano está exatamente nos benefícios processuais e psicológicos advindos de sua aplicação. Sob o aspecto jurídico, este método é essencial para garantir a adequada marcha processual dada sua importância em conferir maior eficiência ao conjunto probatório. Isso porque sendo a oitiva conduzida de modo a resguardar a criança da exposição, lhe transmitindo segurança e com questionamentos adequados à condição desta, há um aumento na possibilidade de extrair a verdade real sobre os fatos.

Nos casos de abuso sexual infantil isso tem especial relevância visto que, em geral, o depoimento da vítima é o único recurso probatório de que Poder Judiciário dispõe. Logo, juridicamente, a importância do depoimento sem dano está em conferir subsídios para que haja regularidade processual para os acusados, sendo estes submetidos a um julgamento justo, sem atentar contra os princípios da ampla defesa e do contraditório, observando, ainda o próprio Estado Democrático de Direito. No tocante ao aspecto psicológico, a importância do depoimento sem dano advém da própria metodologia deste, uma vez que esta visa resguardar a integridade psíquica da criança.

No decorrer da mesma, serão analisados, a respeito da evolução na oitiva dos menores abusados, como por exemplo, o surgimento do depoimento especial. E por último, não menos importante será contida a conclusão a respeito do tema estudado. Após conhecimento mais aprofundado do tema, serão elencadas as principais

vantagens e benefícios da aplicação do depoimento sem dano para a criança vítima de abuso sexual.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para melhor entendimento dos pontos-chaves da presente pesquisa, cabe pontuar alguns conceitos inerentes ao crime de abuso sexual, ao próprio depoimento especial e, inclusive, ao instituto principiológico da dignidade da pessoa humana.

Como possível se vislumbrar, o termo abuso sexual transmite uma ideia de violência empregada contra alguém para com fins sexuais. Segundo Faleiros, muitos termos podem conceituar essa espécie de crime, como por exemplo, violência sexual, agressão sexual, vitimização sexual, maus tratos, crime sexual, entre outros. (FALEIROS, 2000, p. 21)

Guilherme de Souza Nucci ainda completa dizendo que no que se refere aos aspectos e definições legais, existem os tipos penais definidos como: estupro, atentado violento ao pudor, corrupção de menores, tortura e maus tratos. O estupro e o atentado violento ao pudor são considerados crimes hediondos, sejam na forma simples ou qualificada pelo resultado, e ainda nos casos de violência presumida, conforme decisão recente do Pretório Excelso. (NUCCI, 2006, p. 242)

Azevedo e Guerra ainda lecionam sobre o conceito de abuso sexual, *in verbis*:

“(...) todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança menor ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa” (AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 42)

Não obstante a esse conceito, vale lembrar que segundo o ECA, crianças são definidas como àquelas que possuem até 12 anos de idade incompletos e adolescentes aquelas que tenham idade entre 12 e 18 anos. (BRASIL, 1990, art. 2º)

Por outro lado, temos o depoimento especial, que consoante o art. 8º, da Lei nº 13.431/17, é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Tal instituto faz parte das diretrizes traçadas pela CF/88 para assegurar ao infante, com absoluta prioridade, direitos como a vida e a dignidade, além de colocá-lo a salvo de toda forma de violência. Aponta-se também que o depoimento sem dano ou depoimento especial é condizente com o art. 19 da Convenção sobre Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto 99.710/90), cuja finalidade crucial é promover a proteção integral da criança e do adolescente contra todas as formas de violência.

Por fim, torna-se indispensável a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual encontra-se insculpido no art. 1º, inciso III, da CF/88, explanando a necessidade de se constituir o Estado democrático de direito. É um dos princípios constitucionais fundamentais, ao qual “são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, encontrando-se prescritos na Constituição Federal” (BULOS, 2011, p. 306).

O citado autor ainda completa com riqueza de ensinamentos:

“Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. [...] a dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. [...] abarca uma variedade de bens sem a qual o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem.” (BULOS, 2011, p. 308)

Com essas suscintas entonações doutrinárias, percebe-se a importância dos institutos aqui abarcados, os quais são essenciais para o aprofundamento do tema de pesquisa, uma vez, também, ser basilar à aferição do princípio aqui mencionado, bem como seu vínculo a proteção enfatizada pelo depoimento sem dano nos crimes de abuso sexual.

CAPÍTULO I – DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

1.1 – Contextualização e Análise Histórica

Há quem acredite que as inovações legislativas ligadas a infância e juventude surgiram com a Constituição Federal de 1988, no entanto, ao voltarmos um pouco antes na história, é possível constatar que no ano de 1927, houve um marco de extrema relevância para os infantes.

O conhecido Código de Menores de Mello Matto, apesar de não tão empenhado na proteção das crianças e adolescentes, trouxe um paradigma onde o Estado tinha o dever de prestar assistência àqueles menores de idade, haja vista a transparente fragilidade. Tanto que, conforme leciona Azambuja, o referido código deixou expresso que a infância e a juventude são objetos de cuidados e garantias do Estado. (AZAMBUJA, 2004, p. 47)

Em 1948, com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas e a Aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, fator que acabou por destacar ainda mais necessário proteção aos infantes.

Imperioso destacar que a Declaração visou atingir todo homem, lhe garantido bem-estar, felicidade, a valorização de sua família e comunidade, além de seus interesses ligados a ética e aos demais direitos dentro de uma sociedade.

Como sucintamente destacado, muito embora já existissem dispositivos dando conta da fragilidade e de uma necessária maior atenção por parte dos Estado quanto a infância e a juventude, somente com o surgimento da Carta Magna é que foi concretizada a ideia de formular e, conseqüentemente promulgar, um estatuto em favor da preservação dos menores.

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, foi criado em 1998 em obediência a disposição do art. 227, da CF/88, com o intuito de terminar os direitos dos infantes dentro do meio social. Além disso, determinou-se a garantia destes em ser vistos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção por parte do Estado, no geral.

Vale apontar, também, que a família, assim como toda sociedade possuem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, 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. (BRASIL, 1988)

Sobre o estatuto em estudo, leciona José Antônio Daltoé Cézar:

“O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas a infância e a juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo obrigações referentes à prevenção e instituindo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivos.” (CÉZAR, 2007, p. 41)

Nesse íterim, é preciso destacar que o estatuto definiu em seu artigo 2º crianças àquelas de até 12 anos incompletos e adolescente entre 12 e 18 anos de idade. No entanto, há que se ressaltar que a Convenção sobre os Direitos da Criança não faz distinção entre as idades inferiores a 18 anos, pois visa tratar todos os menores de 18 anos igualmente como crianças. Veja-se:

“Essa distinção possui relevância prática tanto no que concerne às medidas socioeducativas quanto à colocação em família substituta: é que a criança infratora não pode sofrer medida socioeducativa, apenas medida de proteção (art. 101), enquanto o adolescente infrator se submete a medida socioeducativa (art. 112). Da mesma forma, para fins de adoção, o adolescente deve necessariamente ser ouvido (art. 45, § 2º).” (DEZEM, 2009, p. 15)

Vale dizer, também, que o próprio artigo, em seu parágrafo único, apresenta ressalva à aplicação do Diploma àqueles com idade entre 18 e 21 anos nos casos de medida excepcional e naqueles expressos em lei.

Traçadas essas breves considerações históricas, analisaremos no próximo tópico as peculiaridades ligadas aos infantes, consoante as lições trazidas pelo estatuto em questão.

1.2 – Da Proteção Constitucional e Estatuária

Com a constituição de 1988 e o seguinte Estatuto da Criança e do Adolescente, houve uma série de mudanças no cenário em que busca um melhor reconhecimento da proteção das pessoas em desenvolvimento. A efetivação de direitos inerentes a

pessoa relacionadas ao crescimento infanto-juvenil passou a garantir amplitude àqueles que merecem mais atenção por parte da sociedade e também do Estado.

As disposições da lei e do estatuto trouxeram orientações importantes para a família, ensejando maior responsabilidade quanto ao crescimento e desenvolvimento dos menores, haja vista, inclusive, se tratarem do futuro da nação. Com isso, a relação de assistência e garantia fornecidas pelo Estado corrobora com o status de equilíbrio social.

Nesse ponto, há de se dar espaço para um dos princípios que regem essa relação exposta até aqui, o chamado princípio da proteção integral. Esse instituto principiológico, como próprio nome já diz, busca entrelaçar os direitos inerentes a pessoa e fazer com que eles promovam exatamente a proteção em todos os aspectos.

Em que pese essa proteção destacada, vale trazer as disposições do art. 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 227. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

- I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
 - II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
 - III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
 - III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
 - IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
 - V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
 - VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
 - VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.
 - VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.
- § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
- § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
- § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.
- § 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)**
- I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;”** (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) ^{NEGRITEI}

Como se pode ver, a legislação buscou trazer proteção integral aos infantes, partindo da determinação de deveres ligados a família, a sociedade, e também do próprio Estado. Ainda, criou-se uma política de atendimento aos menores, dando ênfase de que eles são carecedores de direitos que possam promover educação, saúde, segurança, dentre outras mais inerentes a pessoa.

Sobre o tema, ensina Tânia da Silva Pereira:

“(…) Destaque-se, especialmente, a “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”. Aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sessão de 20 de novembro de 1989, é fruto de um esforço conjunto entre vários países que, durante dez anos, buscaram definir quais os direitos humanos comuns a todas as crianças, para a formulação de normas legais, internacionalmente aplicáveis, capazes de abranger as diferentes conjunturas socioculturais existentes entre os povos. A Convenção consagra a “Doutrina da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade

e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do interesse maior da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Houve preocupação em garantir à criança direitos primordiais, como direito ao nome, à identidade, à nacionalidade, entre muitos outros, tentando sempre preservar seus laços culturais e linguísticos (...)" (PEREIRA, 1996, p. 25/26)

Senão bastasse as instruções fornecidas pela CF/88, surgiram as disposições do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, responsável por buscar alcançar um maior campo de efetivação dos direitos ligados aos infantes. Nessa perspectiva, o diploma legal, além de trazer diversos princípios, explana orientações, descreve condutas criminosas a serem punidas e traduz maior segurança às crianças e adolescentes, muitas vezes alvos fáceis da criminalidade face seu caráter frágil no meio social.

A função do ECA se traduz na regulamentação das disposições constitucionais a serem efetivadas, consoante ao teor do art. 27, da CF/88. O Estatuto em comento apresentou inovações em diversos artigos, dispendo acerca do direito à vida e a saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; guarda; tutela; adoção; direito à educação, cultura, esporte e lazer, além de direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Em uma análise perfunctória das disposições do estatuto, nota-se a preponderância dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, cujos quais reconhecem os estágios de desenvolvimento dos menores e sua preservação como fundamental.

Na sequência, é estabelecido no livro I as matérias de ordem cível, onde, inclusive, trata-se das orientações ligadas a família, tanto a natural quanto a substituta, além dos preceitos ligados ao meio familiar ao todo. Por outro lado, o livro II, já vai angariar as matérias de modo geral, só que de caráter infracional, sendo certo que crianças e adolescentes não cometem crimes, mas sim, atos infracionais análogos às disposições da legislação penal e extravagante.

Além disso, o referido livro atrai a introdução de entidades que visam a proteção dos infantes, bem como aquelas que atuam em produção de tutelar, em apoio ao desenvolvimento das crianças e adolescentes que acabam por se desviar das condutas aceitáveis pela sociedade, ou seja, agem em desacordo com as regulamentações fomentadas pela legislação.

Repisa-se que o estatuto não difere as crianças de adolescentes quando se trata de direitos e garantias, mas quanto as medidas socioeducativas existem algumas peculiaridades.

Também vale reafirmar que, conforme define o art. 2º, do ECA, é considerada criança a pessoa até 12 anos incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. No entanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança não faz distinção entre os termos, tratando todos os menores de 18 anos igualmente como crianças.

Nota-se que o estatuto promoveu intrinsecamente uma pequena discrepância quando o assunto é ato infracional, demonstrando que as crianças merecem uma atenção maior para garantir que não voltem a delinquir, porém, a medida a ser tomada deverá ter caráter educativo, de proteção integral.

De diferente modo, os adolescentes já recebem uma espécie de punição ou castigo, uma vez que já possuem discernimento para entender de forma mais clara o que é certo e o que é errado. Nesse aspecto, há uma transparente diferença entre os infantes, mas nada que os tornem menos merecedores de atenção por parte do Estado e da sociedade, o que é respaldado pela própria legislação, que busca uma ressocialização, ainda que as vezes seja punitiva em alguns casos.

Importante frisar que as medidas socioeducativas a serem aplicadas partem de advertência e podem chegar até em uma medida de segurança, a qual seria a internação do menor em um local apropriado para acolher infantes que cometam atos infracionais, muitas vezes de caráter gravíssimo.

Já as medidas de proteção para as crianças infratoras estão elencadas no art. 101, do ECA e cabe à autoridade competente determinar qual delas melhor se aplica a cada ofensa ocorrida. Elas abrangem desde o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade até colocação em família substituta ou acolhimento institucional.

No que tange as medidas de proteção que podem alcançar uma mudança de guarda do menor, ensina Daltoé:

“No instituto da adoção, tornou imperativo que crianças e adolescentes só possam ser adotados judicialmente preferencialmente por pessoas brasileiras, proibindo expressamente a sua revogabilidade. Atribuiu à medida protetiva de abrigo caráter excepcional e provisório, expressando ter toda pessoa o direito de ser criada e educada no seio de sua família natural e, somente excepcionalmente, em família substituta, afastando a falta ou carência de recursos materiais como fato embasador para a perda ou suspensão do poder familiar. Em relação à forma de responsabilização do menor de dezoito anos de idade em conflito com a lei, autor de ato infracional, avançou significativamente ao estabelecer, entre outras medidas, o rito processual para tal providência (devido processo legal); qual o tipo de ato pode embasar o processo judicial (crime ou contravenção); a possibilidade de concessão de remissão pelo Ministério Público ou pela autoridade judiciária; a partir de qual idade o infrator pode ser responsabilizado – 12 anos -; a necessidade de defesa técnica no processo, sob pena de nulidade; quais os casos passíveis de impor-se a privação de liberdade (internação), bem como delimitou qual o tempo de cumprimento de cada medida socioeducativa.” (CEZAR, 2007, p. 41/42)

Em que pese todas as considerações levantadas até esse ponto, inclusive a doutrinária supra, o direito do infante ainda tem muito o que melhorar. Insta dizer que as normativas são muitas, mas a sua aplicação nem sempre tem sido tão favorável. Muito embora a exatidão mostra-se impossível de ser alcançada, mas a junção da legislação deveria garantir resultados muito mais significativos dos já conquistados

Outrossim, a própria legislação em si traz algumas disposições passíveis de análise, como é o caso do tema proposto pelo presente trabalho, circunstância que será melhor trabalhada nos próximos capítulos.

1.3 – Princípios Norteadores da Legislação de Proteção aos Infantes

Embora existam diversos dispositivos de lei e estatutos dando conta das questões ligadas as crianças e adolescentes, as basilares principiológicas não podem ser deixadas de lado, uma vez que são elas as responsáveis por atender os anseios em conflito que eventualmente possam existir.

Nesse diapasão, surgem três princípios que merecem destaque no presente trabalho, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da prioridade absoluta. É evidente que, a doutrina, assim como a própria legislação, atraem outros princípios importantes para o assunto, mas como já bem ressaltado, os três princípios a serem tratados nesse tópico possuem especial valor.

O princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não ser devidamente conceituado no ordenamento jurídico, é um dos basilares em todos os aspectos

principiológicos, uma vez que é dele que se pode permitir uma interpretação mais extensiva dos demais institutos existentes em todas as searas abrangidas pela constituição.

A doutrinadora Mestre em Teoria e História do Direito pelo PPGD/UFSC, Ana Paula Lemes de Souza, descreve bem o conceito do referido princípio. Vejamos:

“A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos).” (SOUZA, 2015, p. 22)

Plácido e Silva também ensina:

“O valor da dignidade da pessoa humana - resultante do traço distintivo do ser humano, dotado de razão e consciência, embora tenha suas raízes no pensamento clássico, vincula-se à tradição bimilenar do pensamento cristão, ao enfatizar cada Homem relacionado com um Deus que também é pessoa. Dessa verdade teológica, que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, no âmbito do Direito, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica.” (SILVA, 1998, p. 89)

Vê-se que, apesar de não existir um delineamento conceitual, este princípio é referência em diversos outros dispositivos¹, não se limitando apenas como uma indicação de fundamentos do Estado de Direito brasileiro.

Doutro norte, urge o princípio da proteção integral como um instrumento necessário para que seja efetivado e garantido os direitos fundamentais dos infantes. Consoante a isso, Cury, Garrido & Marçura leciona:

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF/88)

especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.” (2002, p. 21)

Nesse ínterim, vislumbra-se que o referido princípio busca nortear uma proteção dos direitos dos infantes, partindo da ideia de que eles são seres humanos como qualquer outro, mas sem total capacidade de colocar em exercício, por si só, os seus direitos, o que atrai a incidência de terceiros, devendo o Estado dar conta desse bem jurídico, ainda que seja por mero incentivo a sociedade ou principalmente, a família².

Por fim, temos o princípio da prioridade absoluta, que, conforme ilustra Wilson Donizete Liberati, deve ser entendido no sentido de que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; deve-se entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...) (LIBERATI, 1991, p. 45)

Nessa toada, é possível apontar a presença clara do princípio nos dispositivos de lei³, ensejando que deve ser dado prioridade aos infantes, ou seja, deve ser acatado suas necessidades em primeiro plano, depois as demais.

A *priori*, não basta que seja exercida tal prioridade, ou seja, antes, é necessário a efetivação dos direitos inerentes aos menores. Com a implementação de uma política pública de prioridade e atenção aos direitos, mostra-se uma legislação forte e capaz de trazer maior segurança a coletividade em geral.

Em resumo, o instituto principiológico da prioridade absoluta tem como objetivo principal a proteção integral das crianças e dos adolescentes, assegurando a primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, caput, da Constituição Federal, e renumerados no caput do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (BARROS, 2014, p. 46)

² Art. 227. 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. (CF/88)

³ Podemos encontra-lo no artigo 227 da CF que 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No art. 4º da Lei 8.069/90 temos que é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

CAPÍTULO II – DOS CRIMES DE ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

2.1 – Conceitos

Antes de adentrarmos nas conceituações das condutas criminosas de exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes, é imperioso destacarmos uma diferença básica delas, a saber, o interesse financeiro.

No crime de exploração sexual, sempre irá existir um agente, cujo qual, possui interesse voltado para o âmbito financeiro, ainda que tal interesse atraia uma espécie de investimento da sua parte para que os menores satisfaçam sua lascívia.

Doutro modo, haverá também àquele que se aproveita do exercício de atividades comerciais ofertadas para terceiros e consistentes em um aproveitamento sexual sobre determinado infante. Já no crime de abuso, a busca do agente é pelo seu favorecimento sexual pessoal ou não.

Um bom exemplo do delito de exploração sexual é o exercício da prostituição de crianças e adolescentes, enquanto o crime de abuso poderia ser exemplificado através da conduta de satisfação da lascívia, com ou sem violência.

Sobre o delito de exploração sexual, afirma Antônio Cezar Lima Fonseca:

“A exploração sexual, por seu turno, é toda a forma de aproveitamento sexual sobre sua pessoa. Pode ser a exploração se forma comercial ou não. É todo tipo de atividade onde alguém usa o corpo de uma criança ou de um adolescente para tirar vantagens de caráter sexual, como diz o sociólogo uruguaio Gustavo Leal.” (FONSECA, 2001, p. 146)

Por outro lado, segundo Santos e Ippolitto, o abuso sexual de crianças e adolescentes é o contato ou interação sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente em que o adulto se aproveita da posição de autoridade e/ou poder para estimulação própria, da vítima ou de um terceiro. (IPPOLITTO, 2011, p. 64/65)

Reforça-se com o conceito emanado por Eva Faleiros e Josete Campos:

“O abuso sexual deve ser entendido como uma situação de ultrapassagem [...] de limites de direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe e compreende, do que o abusado pode consentir, fazer e viver, de regras sociais e familiares e de tabus.” (CAMPOS, 2000, p. 07)

Vale destacar, também, que as condutas de exploração e abuso sexual não devem ser confundidas com a violência sexual. Sobre isso leciona Potter:

“O abuso e a exploração sexual são espécies de violência sexual. Esta se subdivide em quatro tipos: prostituição, tráfico, turismo sexual e pornografia. Possui, portanto, um viés de exploração comercial. Já o abuso sexual é uma violação à dignidade sexual, podendo ser intra ou extrafamiliar. Muitas vezes o abuso é praticado por adultos próximos à vítima, tal como vizinhos, amigos e até membros da própria família, sendo o abuso sexual intrafamiliar uma das formas mais perversas de violência, uma vez que, conforme os ensinamentos de Luciane Potter, viola os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, atingindo profundamente as vítimas e deixando muitas vezes mais do que apenas marcas físicas.” (POTTER, 2010, p. 03)

A partir das explicações supra, conclui-se que o abuso sexual irá se consistir sempre que houver uma espécie de consumação ou mera tentativa de satisfação da lasciva de um adulto sobre uma criança e adolescente, enquanto a exploração sexual está mais vinculada a um “comércio” generalizado da sexualidade dos infantes, em busca de lucro e satisfação financeira para si ou para outrem.

Insta dizer que existem outros conceitos que poderiam ser traçados, mas, levando em conta o pertinente estudo, já é passível de entendimento o que se busca demonstrar.

2.2 – Casos Concretos

Em que pese o tema tratado, é necessário que seja demonstrado a seriedade do que está sendo estudado. Nesse sentido, coleciona-se alguns casos concretos, através da jurisprudência, de abuso e exploração sexual de menores de idade.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou recentemente um caso de estupro de vulnerável, onde a exordial acusatória narrava que o acusado teria praticado ato libidinoso com a vítima R.d.J.B., a qual contava com apenas 10 (dez) anos à época dos fatos, na presença do menor G.d.J.B, o qual contava com 09 (nove) anos, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem. Salientou, que no mesmo contexto fático, o acusado teria ameaçado o infante G.d.J.B., mediante palavras de causar-lhe mal injusto e grave.

Detalhando a dinâmica do ocorrido, o Ministério Público ofereceu denúncia, incursando ao denunciado as sanções dos artigos 147, 217-A e 218-A, todos do Código Penal, na forma dos artigos 69 e 70, também do Código Penal.

Após os trâmites legais e finda a instrução criminal, lançou-se aos autos a r. Sentença de fls. 128/134, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva,

condenando o denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 147 e 217-A do Código Penal, fixando-lhe a pena, em concurso material, no montante de 08(oito) anos de reclusão e 01(um) mês de detenção em regime semiaberto, absolvendo-lhe do crime tipificado no artigo 218-A do Código Penal.

Com a interposição de recurso, o TJMG julgou parcialmente procedente a peça recursal, mantendo, no entanto, a condenação pelo estupro, haja vista ter restado dos autos plenamente configurado a materialidade autoria do crime. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA: CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CRIME DE AMEAÇA - ACERVO DE PROVAS INSUFICIENTE - DEPOIMENTO DA VÍTIMA DESPROVIDO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS COMPLEMENTARES E APTOS A DEMONSTRAR A INTENSIDADE DA ALEGADA AMEAÇA - IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AVALIADAS FAVORAVELMENTE - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA MOTIVAR JUÍZO DE CENSURA - MANUTENÇÃO. Recurso da Defesa: 1 - Mesmo que não ocorra conjunção carnal, resta configurado o delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal, quando demonstrada a mera prática de ato libidinoso para com a vítima, mostrando-se descabida, nessa hipótese, a pretensão absolutória. 2 - Se as provas transcritas no processo apresentaram contradições e demonstram que as palavras proferidas pelo agente para com a vítima, não ostentaram intensidade ameaçadora capaz de causar mal injusto ou grave, a absolvição é a certa prestação jurisdicional aplicável ao caso, consubstanciado no princípio do in dubio pro reo. V.V.: Deve ser mantida a condenação do réu também pelo delito de ameaça se devidamente comprovado que ele fez promessa de mal injusto à vítima, estando as coerentes palavras do ofendido corroboradas pelo testemunho de seu pai. Recurso do Ministério Público: 3 - A caracterização tripartida do crime, como sendo ação típica, antijurídica e culpável, não se confunde com a "culpabilidade" traçada pelo legislador no artigo 59 do Código Penal, pois esta, tão somente se presta a aferir o nível de reprovação do ilícito perpetrado que, uma vez não evidenciado nenhum ato que extrapole o tipo penal infringido, correto é o juízo favorável atribuído à referida circunstância. 4 - Se o agente resta absolvido da imputação delitiva de ter praticado ato libidinoso na presença de menor de 14(quatorze) anos (artigo 218-A do Código Penal), referido episódio se torna ilegítimo para fundamentar o desfavorecimento das "circunstâncias do crime" no delito de estupro de vulnerável. 5 - Embora exista acentuada probabilidade de que a criança vítima de abuso sexual tenha sequelas psicológicas provindas do referido ato criminoso, tal particularidade não pode ser avaliada pelo Julgador caso o processo careça de estudo técnico a elucidar a referida situação, uma vez que o Juiz não dispõe de conhecimento técnico para diagnosticar eventuais malefícios acometidos ao menor. V.V.: A pena-base do crime de estupro de vulnerável deve ser aumentada se presente uma circunstância judicial desfavorável ao réu. Tendo o crime de ameaça sido praticado contra criança, para assegurar ocultação e impunidade do crime de estupro praticado, devem ser reconhecidas as agravantes previstas no art. 61, II, "b" e "h", do Código Penal. Deve ser abrandado para o aberto o regime prisional para cumprimento da pena de detenção, sendo imperiosa, por outro lado, a fixação do regime fechado com relação à reprimenda de reclusão, majorada que foi para patamar superior a 08

(oito) anos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0134.14.012472-5/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/08/2015, publicação da súmula em 14/08/2015)

Resta demonstrar ainda que o crime de abuso sexual também confere direitos indenizatórios perante a seara cível, como possível se ver do seguinte julgado, também emanado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - OMISSÃO DO MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - COMPROVAÇÃO DO DANO, CULPA E NEXO CAUSAL - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR FIXADO - REDUÇÃO-IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA - JUROS DE MORA - CITAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - MANUTENÇÃO - ART. 4º, DO ART. 20, DO CPC Em caso de omissão do Estado, apesar de subsistir o dever de indenizar, necessária é a comprovação da culpa, configurando, neste caso, a responsabilidade subjetiva. O abuso sexual sofrido pelo menor que ocorreu em virtude de uma falha na prestação do serviço na creche municipal mantida pelo Município. Revela-se patente nos autos a negligência dos servidores da creche quanto ao dever de cuidado e segurança das crianças que estavam sob sua proteção e vigilância. Quanto à fixação do valor a ser indenizado é necessário observar a dupla finalidade da reparação que consiste em reparar o dano o mais completamente possível, sob pena de enriquecimento sem causa e em punir aquele que causou o dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico. No tocante ao valor dos honorários sucumbenciais, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, incide a regra do art. 20, §4º, do CPC, que determina o arbitramento de acordo com o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para sua realização. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0611.11.000582-8/002, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/12/2015, publicação da súmula em 05/02/2016)

Por outro lado, já no Estado de São Paulo, outro caso, mas de exploração sexual, onde a acusação era de que, entre os meses de agosto e setembro de 2016, em datas e horários não precisados, na cidade e comarca de São José do Rio Preto, o acusado teria induzido e atraído à prostituição e outras formas de exploração sexual as adolescentes vítimas H.S. P., Y.S. S., D.E. R., B.G. S.P., todas com 13 anos de idade, e K. R. R., com 12 anos de idade.

Apurou-se que, o acusado, aproveitando-se do círculo de amizades da própria filha, notadamente adolescentes menores de 14 anos de idade, do que tinha ele ciência, até mesmo pela compleição física, captava a confiança das menores com fala galanteadora e exacerbada simpatia, de modo a conseguir que fossem elas adicionadas nas suas redes sociais (Facebook e WhatsApp).

Assim, o acusado passou a manter contatos mais intensos com as adolescentes, inclusive, enviando várias figuras em forma de coração para D.

Agindo com o propósito espúrio de induzir e atrair as vítimas à prostituição e outras formas de exploração sexual ele, reiteradamente, procurava as adolescentes na escola e em suas residências, convidando-as para ir a estabelecimentos comerciais e frequentar sua casa, sempre dizendo que para ali dormissem, ocasiões em que ele aliciava e assediava as adolescentes tentando convencê-las a exibir a nudez do próprio corpo e à prática de atos sexuais, por intermédio de oferecimento e entrega de bens e peças de roupas, sendo que constantemente dava doces e potes de chocolate marca Nutella, a pretexto de que seriam presentes de sua filha, chegando a ponto de efetuar o pagamento de recarga de créditos para os telefones celulares, como fez com a vítima H, para quem ele ainda deu uma blusa, um rímel (máscara de cílios) e um lápis para maquiagem dos olhos, tendo dito várias vezes à menor que “se você for na minha casa eu te chuparei todinha” e “iria bater uma punheta pensando nela”, alertando que “tem que ser esperta, se você fizer isto vai ficar entre nós”. (...)

Com isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo realizou o seguinte julgamento, mantendo a sentença condenatória proferida em 1ª instância:

Sentença condenatória pelo delito de exploração sexual de criança ou adolescente em continuidade delitiva (artigo 218-B, por cinco vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal). Apelo da defesa buscando a absolvição por insuficiência de provas, com pleito subsidiário de desclassificação para contravenção penal. Descabimento – Materialidade e autoria delitivas que restaram demonstradas – Réu que, valendo-se da condição de genitor de adolescente, aproximou-se de suas amigas e, aproveitando-se da falta de discernimento destas e da incapacidade de manifestar dissenso, submeteu-as à exploração sexual, convidando-as para passeios e entregando presentes – Finalidade de satisfazer a lascívia própria evidente – Versão exculpatória infirmada pelas palavras das vítimas, que devem ser consideradas com primazia, corroboradas, no mais, por testemunhos insuspeitos e laudo pericial – Condenação mantida – Dosagem das reprimendas em consonância com o regramento legal – Pena base no mínimo legal – Reincidência bem reconhecida – Aumento pela continuidade delitiva escorreito, dado o número de ilícitos – Regime fechado adequado e impossibilidade de concessão da substituição por restritivas de direitos ou "sursis" – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 0029310-16.2016.8.26.0576; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2019; Data de Registro: 27/09/2019)

2.3 – Revitimização: Efeitos da Produção de Provas

Conforme é sabido, para uma produção de provas na seara criminal, é necessário que já tenha ocorrido o fato, e que este esteja sob apuração em busca da

verdade real. Com isso, é necessário que os meios de prova, ou também instrumentos de prova, sejam acionados exatamente para se alcançar as provas que se constituem capazes para aferir o que realmente aconteceu.

Nessa toada, como já destacado no presente trabalho, surgem as provas testemunhais que, por sua natureza e sede, principalmente quando se trata das palavras da vítima, são essenciais para a elucidação do caso. Consoante a isso, adentramos na peculiaridade da reprodução dos crimes cometidos contra menores de 18 anos.

Como bem já vimos, os infantes necessitam de uma atenção mais delicada para que sejam ouvidos sobre a empreitada criminosa, uma vez que, além do crime em si já ensejar um transtorno incomensurável na vida do menor, sua reprodução fática é tendenciosa a piorar a situação. Dessa forma é que surge a chamada revitimização.

Existem diversas modalidades de revitimização prejudicial ao menor, e dentre elas, não está configurada apenas a oitiva da criança ou adolescente em juízo, mas também, em primeiro momento junto a Polícia Militar, na delegacia frente a polícia judiciária, assim como também frente a profissionais que lidam com esse tipo de problema, como médicos, psicólogos, conselheiros tutelares, etc.

A autora Luciane Potter esclarece que o processo de vitimização secundária pode proporcionar à vítima a sensação de impotência diante do sistema, afetando o seu desenvolvimento e equilíbrio emocional e social. Afirma, ainda, que nesse contexto, a criança ou adolescente que já sofreu ao menos um evento traumático ou uma violação de seus direitos fundamentais experimenta novamente outra forma de violência, dessa vez por parte dos operadores do direito, que deveriam lidar com a vítima de forma mais profissional e consciente quando da apuração do evento delituoso. (POTTER, 2010, p. 51)

Nesse mesmo sentido, Potter ainda complementa:

“A partir do caminho percorrido pela vítima infante-juvenil de abuso sexual podemos verificar que são duplamente atingidas, pela própria violência sexual e pelo aparato repressivo estatal, pelo uso inadequado dos meios de controle social. A vítima-testemunha infante-juvenil, no processo penal padece pela falta de adequação jurídica dos procedimentos legais que disciplinam a sua recepção e inquirição no sistema de justiça criminal, em afronta a sua condição peculiar de personalidade em desenvolvimento. Ademais a falta de conhecimentos sobre as especificações do abuso sexual intrafamiliar pelos operadores do direito (que a recebem e inquiram no processo penal) que não levam em conta o interesse superior de tutela das vítimas (capaz de promover a proteção e efetividade dos direitos fundamentais dessas

vítimas e que deve servir de orientação às práticas jurídicas) utilizando inclusive procedimentos linguísticos (desde o processo penal como ato de comunicação dentro do cenário jurídico) inadequados, são capazes de causar um dano ainda maior que o dano original.” (POTTER, 2016, p. 34)

Vislumbra-se que a busca do Estado em trazer uma resposta proporcional ao criminoso perante a sociedade e, inclusive, ao dano causado ao menor, os aplicadores do direito, muitas das vezes, acabam ultrapassam barreiras que só acabam prejudicando de forma mais consistentes as vítimas. Ora, se não bastasse o primeiro momento da conduta delituosa, o ofendido é ainda obrigado a reviver todas as circunstâncias daquilo que lhe causou tantos problemas.

É possível visualizar em alguns casos, danos irreversíveis, tendo em vista que os infantes carecem de discernimento para entender o caráter da ação que foi perpetrada contra si. No mesmo sentido, ainda que entendam, as chances para que aquilo seja deixado para trás tornam-se cada vez mais escassas e de difícil alcance.

Ainda que a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual seja bastante comum no sistema processual brasileiro, a dinâmica empregada pode ampliar a violência por ela experimentada. Ainda o menor tenha maturidade suficiente para lidar com os procedimentos judiciais para apuração dos fatos, deve ser atendidas as suas particularidades como sujeito de direito.

Um detalhe importante é o entendimento de que a vítima menor não possui discernimento correto para imputar a verdade, o que pode levar os criminosos a uma absolvição. Em contrapartida, em busca de se evitar que isso venha a ocorrer, a inquirição dos infantes vítimas de abuso sexual, só tendem a ser ainda mais traumáticas, configurando assim uma revitimização bastante transparente.

É evidente que algumas das teses defensivas dos criminosos serão baseadas na interpretação de atos e fatos pelos menores, acusando, como já dito, o discernimento precário do menor. É nesse aspecto que o significado de cada detalhe dos fatos pode ser interpretado de forma diversa do que realmente foi, circunstância perfeita para uma boa defesa.

O doutrinador Gustavo Ávila menciona sobre as memórias quanto aos fatos, o que pode ser usado a título de divergência e controvérsia. Nesse norte, assim explana o referido autor:

“A prova testemunhal é notadamente uma das mais utilizadas no âmbito processual, em que pese as controvérsias naturais relacionadas a ela. O seu estudo encontra ponto nevrálgico no

processo penal (bem como no procedimento), em que a sua má-utilização pode significar a supressão de bens jurídicos supremos da ordem democrático-constitucional, como a liberdade. Nos processos que tentam a (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e/ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas falsas memórias, processo que pode ser agravado, quando da utilização de técnicas por repetição, exemplificadamente, as empregadas de forma notória no âmbito criminal. A possibilidade de ocorrência das falsas memórias também pode atuar de forma precaucional, impedindo ao magistrado que imponha condenações, como corolário dos princípios do *in dubio pro reo* (a dúvida beneficiará ao réu) e estado de inocência (todos são considerados inocentes até o término do processo). A qualidade da prova pode estar comprometida também quando da decorrência de lapso temporal exacerbado entre a coleta dos depoimentos policiais e os testemunhos judiciais, favorecendo a produção de memórias falsificadas. Foi o que reconheceu o Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, Gaspar Marques Batista: 'Parte da prova oral colhida em juízo, cinco anos depois, certamente foi prejudicada pela ação do tempo, que opera o esquecimento dos fatos e até a inclusão de falsas memórias'. [RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal 70020430146/RS. Julgamento em: 29/11/2008. Diário de Justiça do Rio Grande do Sul, em 08/11/2007." (ÁVILA, 2008, p. 386)

Vê-se que as distorções podem acarretar divergências na fase processual probatória, sendo certo que não é irrisório a possibilidade de manipulação das palavras e também das lembranças do menor.

Consoante a isso é que os autores Cristina Gesu e Aury Lopes Jr apontam que pessoas que sofreram algum tipo de trauma estão mais suscetíveis à formação de falsas memórias. Ainda de acordo com os autores, no que tange à oitiva de crianças o grau de dubiedade é ainda maior, especialmente por duas razões: porque a criança tende a desenvolver uma resposta de acordo com a sua expectativa do que deveria acontecer e também porque há uma pretensão natural de se enquadrar nas expectativas ou pressões externas. (LOPES JUNIOR; GESU, 2007, p. 77-86)

Forçoso salientar também as palavras do doutrinador João Batista Oliveira de Moura, o qual afirma que as falsas lembranças encontram um ambiente de propício desenvolvimento na memória infantil e adolescente. Além disso, no que diz respeito à sexualidade, crianças e adolescentes são capazes de produzir testemunhos de fatos que não correspondem à realidade, podendo acarretar efeitos muito danosos no campo penal e processual pena. (MOURA, 2016, p. 72)

Em que pese essas ponderações, é preciso sim levar em conta a imaturidade dos infantes para lidarem com o problema em análise, mas é imperioso que isso seja

tratado de forma peculiar, uma vez que os mesmos procedimentos adotados para adultos podem não surtir os mesmos efeitos quando se tratar de menores de idade.

Inclusive, os resultados podem ser catastróficos tanto para os menores, quanto para a apuração dos fatos, o que poderia ensejar a absolvição de um culpado, assim como a condenação de um inocente. Além do mais, o que é buscado pelo direito penal, é uma resposta proporcional ao delito, o que poderia ser prejudicado fatalmente pela ausência de instrumentos pertinentes a fragilidade dos menores relativos a condutas criminosas envolvendo sua sexualidade.

CAPÍTULO III – CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PROTEÇÃO ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO E O DEPOIMENTO SEM DANO

3.1 – Da oitiva do Menor

Como já discorrido na presente pesquisa, mostrou-se claro a preocupação com o tratamento dos infantes em seu desenvolvimento em sociedade, e na esfera judicial isso não é diferente. Sabe-se que, em muitos casos, ainda que os menores não se configurem como vítimas, há extremas possibilidades desses mesmos cidadãos se envolverem em situações em que suas palavras possam se tornar importantes para dissolução de conflitos e, ainda, para o esclarecimento de fatos criminosos.

Outrossim, é cabível destacar que, embora menores, os depoimentos destes não podem ser ignorados em uma fase processual probatória, ensejando maiores cuidados quando da necessidade de menores a lide.

Como se sabe, o sistema adotado pela legislação brasileira, via de regra, é o do livre convencimento motivado, onde o juiz, na análise das provas produzidas durante a instrução, formará seu convencimento. Com isso, o magistrado terá plena liberdade para julgar os autos conforme aquilo que for formado na instrução e assim o achar pertinente.

Não obstante, não se pode deixar de lado o sistema da íntima convicção, o qual é adotado no rito do tribunal do júri, dispensando-se qualquer motivação, conferindo ao julgador total liberdade na formação de seu convencimento.

Nesse norte, vê-se que muitos são os meios de provas, de modo que o Código de Processo os enumera, mas o rol, contudo, não é taxativo, ou seja, outras modalidades de prova também são admissíveis, tais provas são chamadas de inominadas.

Apesar da doutrina, assim como a jurisprudência entenderem por diversos meios de prova, a presente monografia busca destacar apenas uma, a qual é essencial para o aprofundamento do tema em estudo.

A prova testemunhal, como bem descrita no Código de Processo Penal em seu art. 202 e seguintes, é possível e de grande valor probatório para o processo. Sua essencialidade é tão clara que o próprio legislador, na formulação do texto de lei procurou respaldar a pessoa de quaisquer riscos quando prestado o seu depoimento,

como possível se analisar do art. 217, do CPP.⁴ Existem ainda outros meios de proteção as testemunhas que são tratados em leis extravagantes, mas que, por não se atrelarem estritamente ao assunto aqui tratado, poderão ser tratados em um outro estudo.

Interligada a prova testemunhal, temos os questionamentos formulados pelo julgador e pelas partes, fator importante para a busca da verdade real. Esses questionamentos são dirigidos de forma direta e não por meio do juiz, permitindo um diálogo mais simples e mais simples entre os interlocutores, em respeito do art. 212, do CPP.⁵

Essa e as demais orientações previstas na legislação não podem ser as mesmas quando se tratar de ouvintes menores de idade, sob pena de uma possível violação os direitos fundamentais dos infantes, face a sua fragilidade nesse meio. A inquirição dos menores tende a ser remoldada para atender as determinações da CF/88 quando o assunto trata as crianças e adolescentes.

Tanto é que os menores de 18 anos, sempre quando inquiridos em juízo, assumem o papel de informantes, mas não por possuírem relação com os demais envolvidos nos autos, mas sim, pela preservação de seu desenvolvimento e segurança.

Já quando configurarem os infantes como vítimas de condutas criminosas, é necessário se observar as peculiaridades de cada caso. Deve ser atendido, de forma geral, a efetivação dos direitos relativos à dignidade da pessoa humana e o respeito a pessoa em desenvolvimento, sob pena de uma possível “revitimização”. Nesse sentido, explica José Antônio Daltoé César:

“Embora, em atenção ao que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente quando da ocorrência de abuso sexual, a intervenção judicial devesse priorizar a proteção da criança, seja tomando medidas que impeçam a continuação do abuso, seja para viabilizar uma intervenção técnica adequada que a ajude a enfrentar mais tranquilamente o problema, a verdade é que a justiça penal permanece – e aqui a fase policial é integrante – quase que em sua integralidade, agindo unicamente na investigação dos fatos e na

⁴ Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Art. 217, CPP)

⁵ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Art. 212, CPP)

busca da responsabilização do abusador. Esta circunstância retira qualidade e efetividade do sistema de justiça, mormente porque em razão de um operar inadequado, ora tratando-se criança com insensibilidade, ora desconsiderando-se sua condição de pessoa em desenvolvimento, que está atormentada e confusa, se permite sua revitimização.” (CEZAR, 2007, p. 51)

Nota-se que existe uma extrema preocupação de como os infantes serão afetados como testemunhas em uma lide processual, assim como em situações em que sejam vítimas. A pressão submetida a um menor em reviver perante o juízo os fatos ocorridos, em quase todos os casos, tendem em acarretar sérios problemas a convivência do menor em sociedade.

Frisa-se que muitas vezes, a participação do menor em um processo, geralmente ocorre sem nenhum apoio de profissional, o que gera severos prejuízos a sua saúde psicológica. Se não bastasse isso, a inquirição exige da criança e do adolescente uma narrativa lógica e criteriosa, devendo ser criado uma capacidade de enfrentamento da realidade, assim como é feito com uma pessoa adulta. Tanto é incoerente tais circunstâncias como duvidosas para as partes interessadas

É imperioso destacar que, além da ausência de métodos adequados para a oitiva de menores, bem como profissionais efetivamente preparados, o próprio ambiente não colabora para uma adequação as necessidades dos infantes.

Assim esclarece José Antônio Daltoé Cézar:

“Também os espaços físicos das salas de audiência não são projetados para deixarem crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, tranquilos, a vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas, sofrimentos e queixas, pois além de serem ambientes formais e frios, são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha. Além disso, guardam em seu interior diversas pessoas que necessitam participar daquele ato, todas elas estranhas e quase que sempre inamistosas a figura do depoente. Tais condições de funcionamento das audiências, presentes quase que na integralidade do sistema forense nacional, determinam que não raras vezes as crianças e os adolescentes nada falem, muitas vezes chorem, fiquem tensas, amedrontadas e, portanto, emocionalmente impedidas de apresentarem um relato minimamente lógico e aceitável. Todas essas circunstâncias inviabilizam a responsabilização do abusador, ante a fragilidade da prova produzida.” (CEZAR, 2007, p. 19)

Se tem uma coisa indiscutível é que a oitiva de um menor o obriga a reviver os fatos, com isso, é impossível que, independentemente do ocorrido, possa haver interferência em algum sentido à sua vida. Ainda que as consequências não possam

ser visualizadas de imediato, o real problema surge a longo prazo, refletindo muitas vezes na vida educacional e, na maioria dos casos, dentro do ceio familiar.

Dessa forma, é evidente que a forma de se realizar a produção de provas orais envolvendo menores carece de tamanha atenção, visto que, os prejuízos para o bem tutelado, nesse ponto, se tornam extremamente sensíveis face aos problemas criados pela coletividade.

Infere-se que já não bastam os problemas enfrentados pelos infantes quando estes são vítimas do fato, eles ainda terão que ser submetidos a um procedimento “revitimizador” cheio de transtornos a sua mente ainda sem o discernimento capaz de entender o caráter das circunstâncias.

Sobre esses apontamentos, forçoso apontar as palavras da doutrinadora Eunice Teresinha Fávero:

“O direito de falar pressupõe, portanto, que esteja em condições e que deseje fazê-lo – para o que uma avaliação técnica se faz necessária. A fala, num processo judicial, pode se dar diretamente pela criança em uma audiência, ou por meio de registros técnicos resultantes de sua escuta por profissional ou equipe técnica habilitada para tal. Podem existir situações em que a criança e/ou adolescente tenha condições e queira ser ouvida em audiência, como podem existir outros casos em que a participação em uma audiência pode ser mais um motivo de sofrimento. Considerando que o processo de socialização se dá de diferentes maneiras entre as diferentes crianças e adolescentes, suas reações e consequências sofridas em um processo de violência também serão diferentes para cada uma delas, o que deveria impossibilitar que se inclua numa regra geral a forma e o momento de ouvi-las.” (FÁVERO, 2010, p. 192)

Atento as necessidades de um procedimento capaz de atender a demanda, o legislador buscou, de outro modo, adequar as peculiaridades de proteção aos infantes para atender a demanda de produção de provas no processo penal e também cível. Em respeito a isso, o próximo tópico destacará os procedimentos criados para assegurar ao menor seus direitos fundamentais, ainda que perante um juízo julgador, envolvendo ou não seus interesses particulares.

3.1.1 – Depoimento sem Dano: Origem e Conceito

Também conhecido como depoimento especial, essa modalidade de oitiva tornou-se mais bem vista no ano de 2.000 pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre – Fundador do Projeto-piloto “Depoimento sem Dano”. Segundo ele, desde assumir o cargo, passou a notar certa

discrepância entre as oitivas de adultos e menores, talvez por conta dos meios físicos e humanos usados pela justiça criminal que não se adequavam as necessidades dos infantes para uma produção de prova segura e sem que acarretassem danos aos depoentes.

Desde então, o magistrado buscou aprofundar seus conhecimentos sobre o assunto, fundindo ao caso as áreas de psicologia e psicanálise, além de expandir a ideia ao demais interessados no projeto de pesquisa. Com a formação de grupos de pessoas com compromisso firmado pelo estudo, intensificou-se as pesquisas e, apesar da ausência de previsão normativa, foi possível uma maior aferição em diversos casos, o que ocasionou resultados significativos para os estudiosos. (CEZAR, 2016, p. 20)

No ano de 2003, foi implantado em caráter experimental a técnica do então depoimento sem dano por meio da utilização de uma pequena sala interligada à sala de audiências da 2ª Vara da Infância e da Juventude do Foro Central de Porto Alegre/RS. (CEZAR, 2006, P. 83)

Na ocasião, o depoimento da vítima foi conduzido por profissionais auxiliares da justiça e havia transmissão simultânea para a sala de audiência, na qual ficavam os demais sujeitos do processo, tais como o juiz, promotor de justiça, réu, advogado do réu, etc. O depoimento era gravado para transcrição nos autos e guardado para eventuais novas “degravações”, se necessário, inclusive pelos julgadores de segunda instância. (CEZAR, 2006, p. 83)

Já no ano de 2004, após a autorização pela Corregedoria-Geral da Justiça da instalação de equipamentos para possibilitar as inquirições, o método foi institucionalizado pelo TJ/RS, com a aquisição de equipamentos qualificados que facilitaram a sua implantação. (CEZAR, 2016, p. 21)

A partir de 2008 foi travada uma verdadeira batalha judicial entre a defensoria pública e o conselho de magistratura, em razão da aprovação da Lei estadual nº 12.913/2008, que autorizou em caráter excepcional o conselho da magistratura a alterar a competência de julgamento de abuso sexual de crianças e adolescentes praticados por adultos para os juizados regionais da infância e da juventude. A defensoria pública defendia a nulidade de todos os processos cuja competência foi alterada, por entender que uma lei estadual não poderia contrariar as determinações do ECA, em que não há previsão de julgamento de adultos em varas especializadas na infância e adolescência. (CEZAR, 2016 p. 21)

Em 2013, tais crimes passaram a ser competência exclusiva da 6ª Vara Criminal de Porto Alegre, colocando fim na discussão quanto aos processos novos, já que alguns processos tiveram seu julgamento anulado, fazendo com que as vítimas fossem inquiridas novamente, porém dessa vez por meio do método tradicional. (CEZAR, 2016, p. 22)

Com isso, o depoimento pessoal passou a ganhar mais campo para sua utilização em todo o judiciário do país, conquistando a cada dia maior destaque no sistema processual brasileiro. Seus objetivos ganharam cunho próprio, abrangendo todo um emaranhado de profissionais trabalhando em conjunto pela proteção das vítimas em um delicado momento de suas vidas.

O objetivo de realizar uma escuta protegida é o de averiguar o suposto abuso, porém protegendo a criança e o adolescente, evitando, dessa maneira, sua vitimização secundária. O método visa a efetivar o direito de a vítima esclarecer ao sistema de justiça com suas próprias palavras os fatos que lhe dizem respeito, em consonância com as garantias previstas no art. 12 da convenção internacional dos direitos da criança. (CEZAR, 2006, p. 22)

O depoimento especial atua, portanto, na criação de um ambiente acolhedor para a tomada do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, evitando os traumas que uma inquirição problemática pode causar, inclusive o processo de revitimização. Para que isso seja possível, as vítimas são retiradas do ambiente formal da sala de audiência e acomodadas em uma sala especial, que conta com uma estrutura aconchegante e mais pessoal, a qual é de alguma maneira conectada (normalmente por meio de recursos audiovisuais) com a sala na qual se encontram o juiz, promotor, réu e seu defensor e os funcionários da justiça. (CEZAR, 2006, p. 45)

3.2 – Previsões Legais

Acerca do tema, existem três previsões normativas e legais, são elas a Lei nº 13.431/17, a qual positivou a técnica em estudo, a recomendação nº 33 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que tornou pública a recomendação para a adoção da técnica do depoimento pessoal nos casos em que seja necessário e, por fim, a Resolução nº 20/2005 da ONU, estabelecendo diretrizes para a justiça quanto aos casos em estudo.

No ano de 2005, a ONU traçou diretrizes a serem seguidas em casos em que envolvessem crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais. Como se sabe, a citada resolução não especificou procedimento algum a ser seguido, mas dispôs que as leis e procedimento a serem adotados deveriam ser capazes de assegurar o respeito aos direitos inerentes a pessoa dos infantes vítimas ou testemunhas de crimes que pudessem ensejar danos a qualquer aspecto de sua vida.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, visando melhorar o sistema de inquirição dos menores, vítimas de crimes de abuso sexual, sugeriu a criação de um serviço especializado para que as vítimas fossem ouvidas de forma criteriosa, atendendo aos anseios de cada caso. Destaca-se que a resolução leva em consideração princípios da Constituição de Federal Brasileira de 1988, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e busca equalizar a necessidade da produção probatória no processo penal e a complexidade da tomada de depoimento de vítimas incapazes, levando em consideração princípios como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo. (CEZAR, 2016, p. 27)

Alguns anos depois, no ano de 2017, houve a promulgação da Lei nº 13.431, o que efetivou e estabeleceu um sistema de garantias e direitos aos infantes, alterando, inclusive, as disposições previstas no ECA.

Foram positivados na presente legislação os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial. A escuta especializada é feita por órgão da rede de proteção, que pode ser da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, tendo como finalidade acompanhar a vítima em suas demandas. Já o depoimento especial é realizado pelos órgãos investigativos de segurança pública e pelo sistema de Justiça, visando à apuração da autoria de supostos fatos criminosos no âmbito de um processo investigatório e, conseqüentemente, da responsabilização judicial do(s) acusado(s). (ALAGOAS, 2017)

Consoante as disposições legais, a lei leva em conta todo tipo de violência em potencial a ser sofrida por jovens infantes, especificando métodos para que a produção de prova em juízo não afete o desenvolvimento do menor como pessoa e cidadão no meio social, de modo a não prejudicar seu crescimento em sociedade. É importante asseverar que a lei não prevê apenas regulamentações ou orientações a serem seguidas, mas punição de quem descumprir suas determinações, tanto que em

seu art. 4º, no §4º, há sanção para quem descumpra suas vinculações aos procedimentos.

Insta ainda dizer que a lei expõe que para a tomada de depoimento do menor, será necessário local adequado e acolhedor que possam garantir ao menor privacidade em suas falas e ações, devendo ela ser isentada de qualquer tipo de contato com alguém ou algo que possa fragilizá-la ou torna difícil sua mansidão.

Nessa toada vale destacar a previsão do art. 1º da lei tratada, redacionando o seguinte, *in verbis*:

“Art. 1º Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.” (BRASIL, 2017)

Levando em conta essas premissas, o título II da Lei, como já dito, trata dos direitos e garantias dos infantes, sem prejuízo dos demais princípios previstos nas normas nacionais e internacionais de proteção aos direitos da criança e do adolescente. O título III esclarece quanto aos procedimentos a serem seguidos, em obediência aos princípios para com a conservação da integridade da vítima.

Já o título IV, atrai de maneira geral, uma política de atendimento aos anseios do menor, integrando a todos da sociedade que possam colaborar com a causa. Ainda, é possível se observar as preocupações quanto a saúde e a necessidade de uma assistência social, também ligadas a segurança pública.

Por fim, a lei efetiva a competência para a adoção dos procedimentos, bem como criminaliza a conduta de quem contrarie sua redação, nos seguintes termos:

“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 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” (BRASIL, 2017)

Portanto, torna-se transparente a preocupação com o desenvolvimento dos infantes vítimas de crimes sexuais, traduzindo uma necessidade de que sua integridade física e psicológica sejam preservadas a pronto de que possa ser evitado maior prejuízo a vida dos menores, bem como seja a prova conquistada de forma mais próxima a verdade e sem maiores danos aos ofendidos menores.

3.3 – Posicionamentos a Respeito do Tema em Análise

Os posicionamentos favoráveis ao depoimento sem dano vão de encontro com a valoração das provas produzidas em juízo quando os procedimentos previstos na Lei nº 13.431 são devidamente observados e seguidos pelos aplicadores do direito.

O renomado jurista José Antônio Daltoé Cezar, ensina que o método tem como objetivo reduzir o dano durante a produção de provas em processos em que a criança ou adolescente figure como vítima ou testemunha e garantir o direito da vítima de ser ouvida, respeitando suas peculiaridades de desenvolvimento enquanto sujeito de direitos. (CEZAR, 2006, p. 43/46)

Ele ainda rebate algumas das principais críticas ao método, como a possibilidade de substituir o depoimento por laudos e perícias. Para ele, a perícia, seja ela de qual espécie for (psicológica ou social) não respeita o princípio do contraditório, já que não envolve a participação direta das partes na produção de provas. Além disso, as perícias apresentam uma perspectiva temporal, refletindo apenas o momento atual da vítima, enquanto o depoimento se baseia na memória dos fatos. (CEZAR, 2016, p. 31/32)

A psicóloga Beatrice Marinho Paulo, defende a utilização do método para inquirição de crianças e adolescentes no sentido de que ele atende aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao mesmo tempo em que proporciona um ambiente confortável com um profissional capacitado que não irá lhe constranger com perguntas indiscretas, além da vítima não precisar encarar o suposto agressor e, muitas vezes, familiares omissos. (PAULO, B. M, 2012, p. 349/368)

A profissional da saúde ainda critica posicionamentos que denegam o depoimento especial com medo da revitimização da criança, pois o abuso pode acontecer de maneira clandestina (escondido), de difícil detecção por exames físicos, e muitas vezes com a convivência de familiares, inclusive da mãe. Considerando que não há crime sem provas e que, em muitos casos, a única forma de provar o abuso é por meio do testemunho da vítima, para a autora o depoimento especial deve ocupar um lugar de destaque no âmbito do processo brasileiro. (PAULO, B. M, 2012, p. 349/368)

Senão bastasse os posicionamentos da doutrina, no Habeas Corpus nº 244.559 – DF, o Ministro Relator pontuou em seu voto que a inquirição por meio do

depoimento especial não configura nulidade da inquirição, tampouco desrespeito ao direito de ir e vir do acusado. Vejamos:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. PRETENSÃO DE QUE SE DETERMINE A OITIVA DAS VÍTIMAS EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E DE ACÓRDÃO DECORRENTE DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, NA QUAL A TESE FOI REBATIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PERDA DO OBJETO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OITIVA DAS VÍTIMAS POR MEIO DE PROFISSIONAL HABILITADO E EM LOCAL DIFERENCIADO. HIPÓTESE DE 'DEPOIMENTO SEM DANO', ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. PROTEÇÃO DA VÍTIMA MENOR, EM CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. PONDERAÇÃO. PREVALÊNCIA SOBRE A PUBLICIDADE.
[...]

4. Ainda que assim não fosse, este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Tribunal a quo, tem reiteradamente decidido que, nos crimes sexuais praticados, em tese, contra crianças e adolescentes, a inquirição da vítima por meio de profissional preparado e em ambiente diferenciado, denominado depoimento sem dano, não configura nulidade ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado. Precedentes. 5. Trata-se de medida excepcional, destinada a evitar que as vítimas sejam submetidas aos traumas da violência sexual, em tese, perpetrada pelo agressor, devendo prevalecer sobre a publicidade do ato processual, considerando-se, sobretudo, a condição peculiar das vítimas, de pessoas em desenvolvimento, nos termos do art. 227 da Constituição da República, c/c o art. 3º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. Writ não conhecido. HC Nº 244.559 - DF (2012/0114339-7). Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016.

O Ministro Celso de Mello, pelo STF, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.494 – RS, no mesmo sentido do Ministro Relator do citado julgamento, Teori Zavascki, manifestaram positivamente quando a adoção do procedimento do depoimento sem dano:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, I, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A instância ordinária, à luz das peculiaridades do caso (= estupro de vulnerável cometido contra crianças de 10 e 8 anos de idade), apresentou fundamentação jurídica idônea para justificar a produção antecipada de provas, destacando a urgência, a relevância e a proporcionalidade da medida, nos termos do art. 156, I, do Código de Processo Penal. Não há, portanto, vício de fundamentação. 2. Ademais, qualquer conclusão desta Corte acerca da desnecessidade da medida antecipatória seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que não é admitido em sede habeas corpus. 3. Por fim, não se pode afirmar que tal medida cautelar implique constrangimento ilegal ao direito de locomoção do recorrente, sanável via habeas corpus. Isso porque, se oferecida denúncia, poderá o acusado, com observância ao devido processo legal, sustentar suas teses e produzir

provas de suas alegações, as quais serão oportunamente examinadas. Nada impede, inclusive, que a defesa postule a repetição da prova oral produzida. 4. Recurso ordinário não conhecido. RHC 121494, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014.

Portanto, mostra-se inquestionável que o tema proposto pela presente pesquisa não encontre respaldo na doutrina ou na jurisprudência, o que preconiza a ideia de que os procedimentos previstos pela Lei nº 13.431/17 são de extrema importância para os menores que porventura possa sofrer qualquer tipo de violência sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo da presente pesquisa, foi possível analisar a historicidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, partindo do principal marco inerente aos direitos de proteção que o Estado devia tomar para si em prol dos infantes.

Destacou-se a importância do Código de Menores de Mello Matto como um dos passos mais importantes para se alcançar um paradigma onde o Estado tinha o dever de prestar assistência àqueles menores de idade, haja vista a transparente fragilidade. Ressaltou-se também a criação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente em 1998 em obediência à disposição do art. 227, da CF/88, com o intuito de terminar os direitos dos infantes dentro do meio social, além da garantia destes em ser vistos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção por parte do Estado, no geral.

Foi traçado também as disposições do estatuto em estudo, suas orientações, suas determinações, além das previsões e procedimentos para melhor atender aos anseios sociais ligados ao menor. Outrossim, foi analisado a presença dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da prioridade absoluta, como basilares para o cunho infanto juvenil, no que tange as necessidades e peculiaridades das leis ligadas a proteção destes.

Na sequência, ponderou-se as diferenças entre exploração e abuso sexual, traçando alguns ensinamentos doutrinários de diferentes e renomados pesquisadores do direito. Explanou-se, também, casos concretos em que crianças e adolescentes foram vítimas de crimes sexuais, demonstrando, assim, as condições a que são submetidas, bem como a necessidade de serem adotadas medidas procedimentais para cuidar de cada caso, sob pena de prejudicar o desenvolvimento do menor.

Destarte, os efeitos da produção de provas, tanto na fase extrajudicial como na judicial, demonstrou-se catastrófica caso não equilibrada as entrelinhas legais para a adoção do depoimento sem dano, consoante as disposições da Lei nº 13.431/17. Inferiu-se que a obedecer aos preceitos normativos aqui estudados poderia evitar uma “revitimização” da criança ou do adolescente.

O terceiro capítulo trouxe as peculiaridades da oitiva do menor, enfatizando a necessidade de uma dinâmica diferente para que as provas em juízo sejam alcançadas cabalmente sem que afetem os direitos garantidos aos menores, vistos

como extremamente frágeis para encarar os problemas acarretados por crimes sexuais onde elas figurem como vítimas, ou então testemunhas.

Senão bastasse isso, demonstrou-se a origem e caminhada do depoimento sem dano no Brasil, seus primeiros passos e desafios face a ausência de legitimação, desde sua fundação no projeto piloto “Depoimento sem Dano” no ano de 2000, pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Viu-se também a promulgação da Lei nº 13.431 no ano de 2017, o que efetivou e estabeleceu um sistema de garantias e direitos aos infantes, alterando, inclusive, as disposições previstas no ECA. Foram positivados na presente legislação os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial.

Por fim, concretizou o norte em pesquisa com posicionamentos favoráveis a necessidade da tomada de depoimentos em crimes sexuais envolvendo menores, em consonância com as disposições da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, bem como necessidade de maior atenção ao assunto, uma vez que, o depoimento sem dano, ainda encontra grandes obstáculos para ser empregado de fato no sistema processual brasileiro.

Sob esse enfoque é que deve-se levar em consideração a precariedade da técnica utilizada atualmente para o tratamento de casos de abuso sexual, muito embora existam disposições que versem sobre o tema e garantam que os procedimentos sejam peculiares e específicos para cada caso, sendo forçoso a necessidade de que não ocorra nova exposição da vítima a novos traumas.

Nesse ínterim é que conclui-se o valor do depoimento sem dano, a sua satisfatória adoção e sua extrema necessidade frente aos casos que surgem por todo o canto do país, trazendo aos juízos uma dinâmica diferente a ser objetivada, garantindo aos infantes seus direitos preconizados pela constituição.

É nesse mesmo aspecto que a lei em estudo pode se tornar cada vez mais tendenciosa a trazer melhor atuação do judiciário, e também da polícia, na apuração de crimes que acarretem perigo ao menor de idade, sem banalizar a utilização dos mecanismos legais do depoimento sem dano, usando-se, de toda forma, como uma garantia de produção de provas firmes e robustas, sem que ensejem novos cenários “revitimizadores” dos infantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGOAS. Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente de Alagoas. Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. **Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência.** Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2017/parametros-de-escuta-de-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-violencia/>>. Acesso em 30 out. 2019.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente.** 2. Ed. Rev., amp. E atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Anne Joyce Angher. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2009. 1175 p. (Coleção de Leis Rideel).

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – **Código Penal.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 03 de janeiro de 1941.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1941.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 set. 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, 5 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 07 set. 2019.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal,** São Paulo – SP, Ed. Saraiva, 2007.

CEZAR, J. A. D. **Depoimento Sem Dano/Depoimento Especial – treze anos de uma prática judicial.** In: POTTER, L.; HOFFMEISTER, M. V. (Org.). Depoimento Especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. cap. 1.

CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais.** 2006. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO,

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado.** 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: [2016 ou 2017]. Folder. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/abuso_crianças_adolescentes/?pagina=pg_folder>. Acesso 25 de out. 2019.