



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

## **CHOQUE DE GARANTIAS**

**Valoração e repercussões do depoimento de crianças e adolescentes no  
processo penal**

**Autor:** Augusto José da Costa Ferreira

**Orientador:** Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Recife  
2019

**Augusto José da Costa Ferreira**

**CHOQUE DE GARANTIAS**

**Valoração e repercussões do depoimento de crianças e adolescentes no  
processo penal**

**Monografia apresentada para obter nota no  
componente curricular TCC 3, requisito para  
obtenção do título de Bacharelado em Direito  
pela Universidade Federal de Pernambuco.**

**Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito  
Albuquerque Pontes Freitas**

Recife  
2019

## **RESUMO**

Esta monografia discute a delicada relação entre dois sujeitos que se apresentam em extrema vulnerabilidade no processo penal: o acusado e a criança e o adolescente, na condição de ofendido. Tem como escopo maior resgatar na doutrina pátria fundamentos que buscam solucionar a problemática do tratamento ofertado pelo Estado aos indivíduos objetos da pesquisa. Procura demonstrar os desafios e a complexidade de lidar com as garantias constitucionais, como a dignidade humana do sujeito e ofendido. Problematisa a difícil produção de provas, investigando a força probatória da narrativa da vítima infante. Traz à reflexão elementos básicos do processo penal em paralelo com as diretrizes da tutela dos infantes. Questiona a licitude e razoabilidade do modelo de inquirição proposto pela lei 13.431/2017, bem como a obrigatoriedade da oitiva. Busca apresentar os problemas para a vítima e para o processo causados por uma inquirição inadequada. Conclui pela razoabilidade do Depoimento Especial, sob a luz da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Depoimento Especial; Garantias; Dignidade Humana; Processo Penal; Vitimização, Oitiva, Proteção Integral.

## Sumário

Introdução.....	4
1. A Constituição como matriz de garantias.....	7
1.1 A dignidade humana.....	8
1.1.1 A Tutela do Estado para Crianças e Adolescentes.....	9
1.1.2 Processo Penal e a Verdade Real.....	12
1.2 Garantias do Acusado.....	14
1.2.1 A presunção de não culpabilidade.....	14
1.2.2 Contraditório e Ampla Defesa.....	16
1.3. A prova no processo penal e o seu ônus .....	18
2. A valoração da oitiva do ofendido .....	20
2.1 Falsas memórias e outras falhas na lembrança.....	23
2.2 Revitimização.....	28
2.2.1 Intervenção mínima e a redução do dano secundário.....	29
2.3 Ausência de Provas.....	30
2.3.1 Presunção de veracidade do relato do ofendido.....	31
3. A oitiva infantil de acordo com a lei 13.341/17.....	34
3.1 Críticas ao Depoimento Especial .....	37
3.2 O dever da oitiva da criança e do adolescente.....	39
4. Considerações finais.....	43
5. Referências bibliográficas.....	45

## Introdução

A violência não é um fenômeno apenas atual, mas aparenta acompanhar a marcha da humanidade desde que se há registro da atividade humana no mundo. Atos violentos são eventos que causam dano a bens jurídicos de valor que não podem ser estimados, como a vida, a saúde, a integridade física e psíquica e a liberdade.

Sem embargo do fato notório de que todos os indivíduos estão suscetíveis de terem contra si uma ameaça ou até mesmo a consumação de fato violento, seja por uma razão econômica, um problema circunstancial ou por total vilania do ofensor, há de se reconhecer que grupos de indivíduos se mostram mais vulneráveis à violência. A vulnerabilidade pode se apresentar através de uma natural fragilidade, por sua falta de acesso às instituições de proteção ou por serem fustigados justamente pelas pessoas que possuem o dever de cuidar. A título de exemplo, podemos citar o tema desse trabalho, que são as crianças e adolescentes, não raramente vitimadas em ambiente doméstico e com poucas perspectivas de obtenção de ajuda.

Crianças e adolescentes são, assim como determinados grupos sociais, sujeitos de direito que recebem ou deveriam receber tutela especializada do Estado, seja no sentido preventivo ou no apoio especializado que precisará ser prestado caso sejam vítimas de atos violentos. Entretanto, uma vez instaurada uma ação penal ou simplesmente uma acusação, surge um outro tipo de indivíduo, também fragilizado, que se trata do acusado. A depender da fase e da natureza do processo poderemos chamá-lo igualmente de réu, indiciado, imputado ou querelado. Este indivíduo se encontra em situação amplamente desfavorável, com a pretensão punitiva estatal e toda a sua aparelhagem contra si, bem como a opinião pública, na maioria esmagadora das vezes.

Ao atentarmos para estes dois sujeitos, adentramos de maneira inequívoca em matéria constitucional. Se por um lado há garantias constitucionais processuais do réu, não podemos olvidar da dignidade humana da vítima, que passará por um procedimento de altíssimo constrangimento para atender ao *jus puniendi* do Estado, que são os esclarecimentos prestados pelo procedimento da oitiva do ofendido.

É da maior relevância elaborar um estudo que verifique o quanto pode resistir a presunção de inocência diante de crimes cuja prova é tida como diabólica. Assim como é necessário observar quais direitos, tanto do réu quanto da vítima são preservados e quais terminam por ser vilipendiados no trato jurisdicional em busca da verdade sobre os fatos ocorridos.

Mostra-se valioso questionar também se a tomada do depoimento é feita dentro dos parâmetros legais, observando a menor onerosidade possível de trauma psicológico para o infante. Afinal, estamos em um momento de maturação do processo penal, em que uma das regras mais relevantes é a de preservar as garantias das partes, coibindo qualquer tipo de ilicitude em seu trâmite.

O primeiro capítulo aborda de forma não exaustiva a forma pela qual tanto o constituinte quanto o legislador optaram por construir um ordenamento pátrio voltado para a manutenção de garantias e qual relação se estabelece entre elas e o Estado Democrático de Direito. Trabalha-se com elementos básicos que tutelam os interesses do acusado, do infante e também do processo.

O capítulo seguinte versa sobre a problemática do ofendido, que é o sujeito que se encontra vulnerável após sofrer ato delitivo. Nesse momento, se analisa o meio de prova que é o objeto dessa monografia, que é a oitiva da vítima, bem como suas nuances, como as consequências para a produção de provas e também para o ofendido. Nesse momento, discute-se o valor da prova obtida através da declaração da vítima, quando não amparada por outros elementos probatórios, como costuma ocorrer em crimes que vitimam os infantes.

Em seguida se observa a aplicação da lei 13.341/17, de autoria da deputada Maria do Rosário, que visa estabelecer em âmbito nacional a escuta especializada e o depoimento especial, que se trata de técnica desenvolvida para realizar o atendimento judiciário às vítimas infantes de atos violentos. Também se verifica uma série de críticas ao procedimento, motivadas por violação ao interesse da criança e desrespeito à dignidade humana.

Por fim, encerra-se esta breve produção textual resgatando, no derradeiro item, o pensamento doutrinário que discute a necessidade da criança prestar esclarecimentos diretamente ao judiciário, levando em conta o princípio da proteção

integral da criança que deve acompanhar os atos administrativos e judiciais do Estado.

Utiliza-se a metodologia da análise teórica sobretudo da doutrina pátria, com eventuais apontamentos de jurisprudência. Trata-se de pesquisa qualitativa, não estando no escopo da produção nenhum tipo de análise estatística.

## 1. A Constituição como matriz de garantias

O século XX foi marcado por diversas decisões políticas em todo o mundo que repercutiram, muitas vezes de forma negativa, em interesses brandidos nas revoluções liberais do final do século XIX. A instauração de ditaduras militares, o surgimento dos regimes totalitaristas e a instauração do Tribunal de Nuremberg são exemplos de eventos que se contrapuseram aos antigos e ansiados ideais libertários.

Em resposta à era de desmandos que atingiu a pátria em alguns momentos históricos, e ao mesmo tempo acompanhando o pensamento democrático de algumas nações, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã. Nela, foi notabilizado o artigo 5º, afamado por conter grande número de garantias fundamentais, apesar de não ser o único. Tal artigo dedicou alguns dos seus incisos para a formação de garantias processuais.

As garantias mencionadas também reverberam no elenco de fundamentos da própria República, dos quais estará em maior relevo nessa produção textual a dignidade humana. A boa hermenêutica torna inadmissível que mecanismos processuais violem tão caro fundamento.

Princípios como o do juízo natural, da ampla defesa, da presunção de inocência, do devido processo legal e da vedação de produção de provas ilícitas traduzem o sentimento de que é vontade do constituinte conferir àquele que se submete à *ultima ratio* condições dignas de participar do processo.

Por outro lado, é imperdoável olvidar dos interesses de quem está em outra posição no processo. A Lei Maior também assegura a quem busca o Poder Judiciário um lastro de proteções. Devem estar resguardados os interesses daqueles que foram vítimas de atos que atentam contra preciosos bens jurídicos. Condutas tão graves que estão tipificadas na lei penal pátria. Cabe ao Estado zelar pela dignidade dos ofendidos, para que não venham a sofrer após uma violência de fato, uma violência institucional secundária.

O objetivo maior da produção textual que aqui se encontra é examinar como deve se portar o processo em uma das suas fases mais sensíveis, qual seja, o

momento em que o ofendido se posiciona sobre o fato delitivo que lhe causou danos. O ofendido, em questão, traz a especificidade de se tratar de uma criança. Já o réu tem contra si toda a estrutura, além de um natural clamor social motivado pela sensação de impunidade que fustiga a nossa realidade.

## **1.1 A Dignidade Humana**

No período pós-guerra, o mundo se muniu de uma série de acordos, tratados e convenções na tentativa de suprimir os riscos de nova barbárie. Observaram-se também esforços nacionais para efetivar direitos fundamentais através de constituições de conteúdo aparentemente cada vez mais democráticos. Dentre tais direitos, surge a dignidade humana. No caso brasileiro, ela se encontra na seção destinada aos fundamentos da República, localizada na Carta Magna.

Luís Roberto Barroso (2018), ao tratar do tema, ensina que a dignidade humana ao ser inserida no ordenamento, integrou ao plano jurídico valores que alicerçaram uma série de direitos fundamentais. Destaca o jurista que o valor intrínseco da dignidade humana perpassa pelo direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral. Por outro lado, também fundamenta a autonomia humana, que lastreia direitos básicos como o da liberdade de expressão, de consciência, e do usufruto de direitos políticos.

Nas palavras de Garcia e Lazari (2018, p.74):

“A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia. Pensar em dignidade humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação”.

Nota-se que falar em dignidade é dotado de grande apelo moral e, ao mesmo tempo, vago. Luís Roberto Barros destaca que frequentemente, devido à volatilidade da expressão, a dignidade humana é invocada pelas duas partes em um processo. O tema da produção textual aqui desenvolvida não é exceção à arguta observação: temos o clamor da dignidade humana do réu, que tem contra si a pretensão punitiva

estatal aliado ao peso da reprovabilidade da suposta conduta perante a sociedade e também o apelo à dignidade do ofendido. Recorde-se que na matéria apresentada o ofendido é um infante sujeito a um sofrimento de grandes proporções, que tem sobre os ombros a responsabilidade de produzir provas a respeito da ação penal que versa sobre a violência que supostamente sofrera.

Não é tarefa fácil conceituar a dignidade humana. Garcia e Lazari defendem que, diante da dificuldade, a doutrina tende a relatar sua importância, correlacionando-a a fatos históricos e filosóficos em vez de buscar um conceito fechado para a expressão.

Contudo, parece incontroverso que, apesar da legislação não dispor sobre o que é a dignidade humana, ela se reveste de um valor que contempla a vida humana em si mesma. Nesse sentido, Barroso resgata o ideal ético de Immanuel Kant:

“Do valor intrínseco da pessoa humana, decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico Kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário”(2018, p.291).

Dessa forma, conclui-se com naturalidade que a dignidade humana, não apenas como princípio mas como fundamento da República, tende a valorizar o ser humano como sujeito de direitos e não submetê-lo, como se faria com uma mera ferramenta. Portanto, não pode a pretensão estatal se sobrepor aos interesses humanos mais caros sem que se ofereça condições para promover a dignidade humana. Assevera-se assim que não se admite em nosso ordenamento tratamento degradante promovido pelo aparelho estatal a quaisquer pessoas, dentre as quais as que são objeto desse estudo, ou seja, o réu e o infante ofendido.

### **1.1.1 A tutela do Estado para Crianças e Adolescentes**

Através da inteligência do que dispõe o art. 227 da nossa lei maior, bem como do que está previsto no art. 4º da lei 80.069/90, percebe-se que o ordenamento se orienta no sentido de assegurar os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Não se trata, contudo, de uma tutela como tantas outras declamadas através das leis programáticas do ordenamento pátrio. Ao se falar em crianças e adolescentes, quis tanto o legislador quanto o constituinte abrigar este grupo em uma defesa absoluta de seus interesses.

Válter Kenji Ishida (2018) informa duas razões para que a norma que rege os direitos da criança e do adolescente fosse intitulada como estatuto e não como código. Em primeiro lugar, o termo “código” vincula a um caráter não apenas protetivo, mas também de punição, como ocorre com o código penal. Em segundo lugar, porque o termo “código” remete a um conjunto de leis. Estatuto, por sua vez, se mostra mais apropriado para uma regra menor, e não um conglomerado delas. Assim, temos um Estatuto e não um Código da Criança e do Adolescente.

Cumpra também observar importante alteração terminológica quanto ao termo do grupo social tutelado pelo estatuto em tela. Com o extinto “Código de Menores”, convencionou-se a denominar indivíduos de faixa etária inferior a 18 anos como “menor”. Tal termo, criado para designar o tempo de vida em que não há responsabilização penal, passou a ser usado de maneira pejorativa, associando a criança ou adolescente à delinquência. Não se deixa de observar aqui que é sempre foi mais fácil associar o nome “menor” a uma determinada parcela da população, de certo poder aquisitivo. Compreende-se assim que nem todas as crianças e adolescentes passam pelo mesmo nível de vulnerabilidade e estigma social.

Na visão de Ishida, o escopo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é efetivar no plano nacional os direitos fundamentais da criança e do adolescente, independentemente das diferenças conjunturais que possam vir a ter entre si.

“A proteção integral também é garantida para a criança e do adolescente viver sem violência e preservar a sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, gozando de direitos específicos como vítima ou testemunha”(ISHIDA, 2018. p.24).

Para o autor, o microsistema jurídico representado pelo estatuto aqui discutido tem como regras basilares a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança.

Destaca-se o caráter inovador trazido pelo conjunto legislativo e principiológico que lança as bases da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Normalmente, há de se esperar que esse objetivo e ao mesmo tempo dever seja

atribuído ao Estado. Porém, aqui surge uma nova diretriz, consagrada pelo texto constitucional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: a proteção dada a esse grupo vulnerável não compete apenas ao Estado, mas a família e a sociedade passam a ter igual dever de zelar pelo seu bem-estar.

Para José Antonio Daltoé Cezar (2010), a mudança legislativa que surgiu com o advento da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente também representou uma ampla transformação paradigmática no que tange à tutela estatal destinada a este grupo de pessoas. Anteriormente vigorava o Código de Menores, no qual se consolidava a ideia de que a proteção era destinada apenas às crianças e adolescentes em situação de risco. E que cabia ao Juiz de Menores decidir de qual forma se daria tal proteção.

A partir da inserção do novo estatuto no ordenamento pátrio, a tutela passou a se dirigir não apenas aos infantes considerados em situação de risco através de critérios subjetivos, mas a toda pessoa de faixa etária inferior aos 18 anos. Não mais se falaria em um direito fundamental em critérios individuais criados a partir da subjetividade, mas de mecanismos amplos e previamente positivados. Observa-se que a criança e o adolescente, a partir das premissas apresentadas, transitam do status de objetos tutelados por causa de uma situação específica para sujeitos de direitos plenamente reconhecidos objetivamente.

O reconhecimento objetivo passa a se dar no momento em que a criança é reconhecida, dentro de suas peculiaridades de desenvolvimento e maturidade, como um sujeito dotado de voz e oportunidade para exercer liberdade. Passa ser reconhecida efetivamente como um humano a partir do momento em que a dignidade humana passa a ser não apenas tutelada, mas promovida com afincamento por nossas leis. Deve-se enxergar o mundo infantojuvenil como ele de fato é, e não mais como uma propriedade dos adultos, e muito menos como uma miniatura de humano adulto.

É salutar compreender que os desdobramentos que repercutem na tutela de crianças e adolescentes superam, e muito, o escopo desse trabalho. Não se trata meramente do atendimento adequado no trato judicial: a noção de proteção da criança surge nas diversas áreas de responsabilidade de ação estatal, com o devido apoio da família e da sociedade em áreas como o atendimento à saúde, a educação,

a promoção do lazer, do desporto e em fatores que resultam no conceito mais esmerado que possível que podemos construir a respeito da cidadania.

Voltemos, contudo, ao tema que envolve ao tratamento dos sujeitos que se envolvem nas ações penais.

### **1.1.2 Processo Penal e a Verdade Real**

Não se justifica controvérsia acerca do fato de que, no momento em que a Constituição da República firmou seu alicerce no fundamento da dignidade humana, foi enterrado o princípio da verdade real. Como leciona Badaró (2016), toda verdade obtida após apresentação ao contraditório perante um juízo criminal será uma verdade processual. A verdade real, além de não ser possível de ser conhecida, uma vez que já foi levada pelo tempo e o máximo que se pode conseguir são aproximações através de versões e conjecturas, tende a ensejar a busca pelo uso de ferramentas não acolhidas pelo ordenamento pátrio. Meios de obtenção de prova que violem a dignidade de qualquer das partes no processo penal devem ser desconsiderados. Ainda que não baste a proteção constitucional contra possíveis lesões à dignidade das partes, existe vedação expressa à produção de provas ilícitas, prevista no art. 5º, LVI.

Entretanto, adverte Pacelli de Oliveira (2015) que o Código de Processo Penal, produzido em 1941, nasceu com traços destoantes da égide da atual Constituição da República. Nele se encontra uma série de elementos de natureza inquisitorial. Por outro lado, acrescenta que o conjunto de garantias da Lei Maior, integrado ao grupo de normas internacionais como o ilustre Pacto de San José da Costa Rica dos quais o Brasil é signatário, permite que Código Adjetivo seja adaptado a uma visão mais garantista quanto aos direitos fundamentais.

A compatibilização, no entanto, apresenta necessidade de cuidados. Como alerta o próprio autor:

“O chamado princípio da verdade real rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. A gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca

mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, em relação ao processo civil” (2015, p.333).

Significa dizer que o aplicador do direito está sujeito a correr o risco de, por receio de cometer uma injustiça, seja através de impunidade ou de condenação de um indivíduo inocente, ser tentado a abrir mão de determinadas garantias processuais e assim se aproximar da verdade dos fatos. Porém, ao contrário de um historiador, que pode lançar mão de quaisquer recursos para reconstruir a narrativa de fato ocorrido, o júzo criminal prescinde da produção de provas de ofício, bem como das provas produzidas em desobediência aos ditames legais. Assim, confissões através de tortura ou de buscas realizadas através de abuso de autoridade devem ser afastadas do processo, bem como qualquer prova que derive da desobediência à lei. Tal entendimento, defende Nicollit, é preceito básico de um Estado Democrático de Direito.

Nicollit (2016) alerta que o processo penal brasileiro, a partir da égide da Constituição da República de 1988, não busca a verdade real. Desde que foi eleita a dignidade humana como valor fundamental a ser tutelado, não é admissível que se busque a apuração de fatos delitivos a qualquer preço.

Adverte o autor quanto à já mencionada inadmissão de provas ilícitas no processo, previstas pelo inciso LVI, do art. 5 da Carta Magna. Tal restrição denota que a preocupação é de buscar uma verdade processual fundamentada por preceitos éticos. Se, em nome da supremacia do interesse público, fosse admitido qualquer meio para obtenção de provas, restaria irremediavelmente prejudicada a dignidade humana e a vedação constitucional aqui mencionada não faria sentido algum. É portanto, patente, que o constituinte optou pela prevalência da dignidade humana sobre outros interesses. Nas palavras do próprio autor, “a busca da verdade real deve se harmonizar com os demais interesses tutelados pela ordem jurídica, pois do contrário, o processo se subverte em um espetáculo de horrores” (NICOLLIT, 2016. p.660).

O afastamento da verdade real é, ou deveria ser realizado, através da tutela de uma série de garantias processuais. Algumas dessas garantias, tão caras tanto ao Estado Democrático de Direito quanto ao objeto dessa produção textual, que é o manejo processual dos direitos do réu e do ofendido, serão apresentadas a seguir.

## 1.2 Garantias do Acusado

Leciona Nicollit (2016) que o acusado, também chamado de imputado ou réu, ocupa a posição mais fragilizada no processo penal. Trata-se do sujeito contra o qual existe pretensão punitiva mediante ação penal condenatória. Essa qualidade permanecerá com o indivíduo até que advenha sentença transitada em julgado.

Gustavo Henrique Badaró define o acusado como “o sujeito passivo da ação penal, é aquele contra quem é movida ação penal pública ou privada” (2016, p.293).

Retornando à Nicollit, o autor apresenta relevante reflexão a respeito da vulnerabilidade do acusado perante o processo penal. O sistema o desfavorece já antes da formalização da sua acusação: há uma fase pré processual em que a polícia judiciária colhe elementos não apreciados no contraditório. Lembra-se nesse momento de que tal medida não está revestida de ilegalidade, por se tratar da fase de inquérito. Já na fase efetivamente processual, um poderoso aparato estatal tentará derrubar seu estado de inocência, muitas vezes amparado pelo clamor social.

Pelas razões apresentadas, para que se garanta paridade de armas e um processo penal o mais próximo possível do que entendemos por processo devido, surge o princípio do *favor rei*, “que vai nortear o estatuto do imputado a fim de protegê-lo diante da estrutura do Estado que contra ele se volta” (NICOLLIT, 2016. p. 446). Em nome do *favor rei*, surgem tentativas de compensar a clara desvantagem na qual se situa o acusado. As tentativas se desdobram em uma série dispositivos que versam sobre garantias processuais, alicerçadas pela Lei Maior.

Nos itens que se seguem serão apresentadas algumas delas, que guardam maior pertinência ao objeto aqui estudado, longe do propósito de exauri-las.

### 1.2.1 A presunção da não culpabilidade

Sustentáculo de grande envergadura do processo penal moderno, a presunção de não culpabilidade, ou de inocência, por vezes ainda se vê assombrada pela nefasta busca da verdade real.

Dispensa apresentações o conteúdo do art. 5º, LVII da Constituição da República, que determina sem grande margem hermenêutica que antes que o processo penal tenha como resultado o trânsito em julgado de sentença condenatória, não há razão para se falar em culpabilidade do réu.

O alcance de proteção da indigitada norma supera até mesmo o que se apregoa no conjunto de dispositivos internacionais que versam sobre o estado inicial de inocência do acusado. O art. XI, do Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948)”

No mesmo sentido, o Brasil ratificou o texto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 14, parágrafo segundo afirma que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL, 1992). A matéria não diverge do que assevera o disposto no art. 8º da CADH (BRASIL, 1992), também ratificada, ao proferir que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente sua culpa”.

Tem-se portanto, que de forma geral, os organismos internacionais entendem que o tratamento de um réu passa a ser considerado culpado quando se atinge um mínimo de parâmetros definidos por lei. A escolha do Constituinte brasileiro é o trânsito em julgado da sentença condenatória, assegurando ao imputado, além do julgamento justo, munido de todas as garantias processuais penais como o juízo natural, a ampla defesa, a duração razoável e o contraditório, a garantia de ser considerado inocente enquanto houver possibilidade recursal.

Não é desnecessário ressaltar que tal previsão constitucional se materializa em dispositivo alocado no Código de Processo Penal, em seu art. 283, ainda que, por razões que fogem ao escopo dessa produção textual, haja jurisprudência atuando em sentido contrário.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da

investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Aury Lopes Jr. (2018) traz interessante contribuição ao afirmar que o princípio da presunção de inocência atua no processo penal em dimensões distintas, mas que se resumem ao dever de tratamento e à regra de julgamento voltados para o estado de inocência.

Entende o jurista que o dever de tratamento possui repercussões nas dimensões internas e externas ao processo. Diz-se que a dimensão interna se refere ao tratamento ofertado pelo juiz e pela parte acusadora do réu. Ao ser tratado como inocente, intui-se que cabe à parte contrária comprovar os fatos alegados na acusação. Ao juiz, também deve caber temperança na aplicação de medidas cautelares.

Já a dimensão externa do dever de tratamento, há de se cuidar da publicidade do caso para que sobre o réu não recaia o estigma de ter cometido uma infração penal. Por sua vez, a dimensão da regra do julgamento tem o papel de pragmaticamente garantir ao réu a absolvição sempre que houver uma dúvida judicial.

### **1.2.2 Contraditório e Ampla Defesa**

A doutrina de Aury Lopes Jr. apregoa que o contraditório se baseia na confrontação da prova, que é método indispensável para a existência de estrutura dialética do processo. No contraditório devem se reunir o interesse punitivo estatal, representado pelo membro do Ministério Público na regra geral das ações penais e a defesa.

“O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é um ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética” (LOPES JR, 2018. p.94)

Valemo-nos aqui da primorosa lição de André Luiz Nicollit acerca do conceito de contraditório, que é um dos alicerces de um sistema processual tido como democrático. Para o autor:

“... o contraditório é a organização dialética do processo através de tese e antítese legitimadores da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais desenvolvem-se de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. O autor apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz uma prova, a outra pode apresentar contraprova e assim sucessivamente (NICOLLIT, p.128).

Guilherme de Souza Nucci (2010) descreve o contraditório como importante face do devido processo legal. Indica que, apesar de ser normalmente vinculado à defesa, é prerrogativa de qualquer das partes. Estabelece o jurista que é no contraditório que se manifesta a oportunidade da parte contrária se posicionar acerca das alegações da outra. A partir do exposto, é possível sustentar a tese de que pode haver nulidade se não for oferecida oportunidade para apresentar sua versão sobre determinado fato, pois haveria desobediência à norma constitucional prevista no art. 5º, inciso VL da Lei Maior.

A ampla defesa, no entendimento de Nucci, está intimamente ligada a um direito da pessoa humana, conseqüentemente imbricada a sua dignidade. No ambiente do processo penal, representa o ato de se proteger, justificar ou se opor à imputação de uma prática criminosa. Trata-se, para o doutrinador, de uma reação humana natural em busca da autopreservação, dada a observância que a admissão de culpa não costuma ocorrer.

Ao se debruçar sobre o tema, Nucci enumera as formas mais usuais de instrumentar a defesa. Através da negativa da autoria, manifesta-se a autoproteção. A oposição decorrer da narrativa que contraria a versão apresentada pela acusação e a justificação busca apresentar elementos que legitimem a prática da conduta delitiva. Não é possível deixar de observar que o ato de se defender pressupõe a existência de um ataque, daí inferir-se a necessária correspondência entre contraditório e ampla defesa, pois a última não faria tanto sentido se apartada da dialeticidade.

Sobre a ampla defesa, destaca-se o ensinamento do supramencionado jurista:

“A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve

cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, por ventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal” (NUCCI, 2010. p.264).

### **1.3 A prova no processo penal e o seu ônus**

A doutrina pátria se debruça com afinco para conceituar a prova. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró, “a prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo” (BADARÓ, 2016, p.381). Por sua vez, Eugênio Pacelli de Oliveira aponta o objetivo da prova: como “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto, é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no tempo e espaço” (OLIVEIRA, 2015. p.327). André Nicolitt ensina que a prova é “o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor” (NICOLLITT, 2016. p.646).

A conceituação trazida por Nicolitt engloba a correlação necessária da produção da prova com o contraditório. Nesse sentido é possível observar que todo material é produzido dialeticamente. A exceção para isso se encontra nas provas não repetíveis, antecipadas e cautelares que precisam ser priorizadas para que não pereçam. Nesse caso, oferecer-se-á à parte contrária a oportunidade de se manifestar posteriormente à produção probatória.

Por sua vez, Pacelli, assim como Badaró, orientam seu discurso no sentido de reconstruir, dentro dos seus limites, a realidade histórica do fato delitivo. A função da produção de prova é fornecer ao julgador os dados suficientemente fidedignos para embasar o seu convencimento motivado, que lastreará o conteúdo da sentença. Toma-se aqui o cuidado de não ensejar a indesejável busca pela verdade real, que costuma resultar em ilicitudes e arbitrariedades que colocam em risco outros bens jurídicos que se correlacionam ao processo.

Não é trabalhoso perceber o quanto pode ser árdua a busca pela reconstrução dos fatos de qualquer natureza, sobretudo os que representam condutas assinaladas pelo legislador como delitivas. Se for levada em consideração a preocupação em trabalhar na produção de provas sem lesionar a dignidade humana ou o contraditório, teremos um sistema processual mais justo, mas ao mesmo tempo dependeremos de um trabalho muito mais zeloso de quem fará a colheita probatória. Nesse caso, é imprescindível que os meios de prova sejam devidamente especializados, seja o pericial, seja o que se dá através da oitiva.

É incontroverso que a dificuldade na obtenção de provas lícitas favorece àquele que não tem a obrigação de produzi-las. O ônus de ter que realizá-las é fato relevante ao sistema processual penal e se trata de um dado importante para a consolidação das garantias do réu. A doutrina, contudo, apresenta controvérsias específicas que valem a pena ser visitadas para a fundamentação da matéria aqui discutida.

O ônus da prova, como sugere Nicolitt, “está ligado à faculdade que tem um sujeito de agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo” (p.649). Não deve ser confundido com algum tipo de obrigação. Enquanto a obrigação se apresenta como na situação em que a parte deve agir para satisfazer um interesse que não é próprio, mas alheio, o ônus se caracteriza por dever de ação em interesse próprio, para reforçar seu pleito em processo submetido ao contraditório. Em caso de descumprimento, a obrigação gera uma sanção jurídica enquanto o ônus resulta apenas no não atendimento da pretensão desejada.

Na doutrina de Badaró, encontramos a definição de que o ônus “é um imperativo do próprio interesse; uma faculdade cujo exercício é condição necessária ou relevante para a obtenção de vantagem ou para não sofrer um prejuízo” (2016, p.427).

Sustenta-se logicamente, como derivação natural do princípio da presunção de inocência, que a dúvida razoável deve favorecer o acusado. Assim sendo, diante da certeza probatória de que houve uma conduta típica, ilícita e culpável, o órgão julgador deve proferir sentença absolutória. Tal conclusão se harmoniza com o disposto no Código Adjetivo Penal, em seu artigo 386, II, V, VI e VII. Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira assegura que:

“Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria” (OLIVEIRA, 2015. p.335)

Contudo, não há norma na Constituição da República que discipline a quem caberá o ônus da prova no processo penal, que motiva a doutrina a buscar diferentes posições sobre possíveis relativizações a respeito daquilo que as partes devem provar durante o processo. Tradicionalmente, a doutrina estabelece uma divisão na distribuição do ônus da prova. Os fatos constitutivos, em regra, pertencem à acusação e os impeditivos e extintivos, à defesa. Nesse sentido, profere Mirabete:

“Cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena; ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem em diminuição de pena”. (MIRABETE, 2000. p.264)

Ressalta-se que o entendimento supracitado, que é majoritário dentre processualistas penais, está referendado pela interpretação gramatical do art. 156 do Código de Processo Penal. Entretanto, há vozes dissonantes da doutrina, como exemplifica Badaró, ao rejeitar a possibilidade de distribuição do ônus da prova. Para ele:

“No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação. Trata-se de um ônus de prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil. Além disso, em decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência, também não são admitidas no processo penal presunções legais ou judiciais contra o acusado”. (BADARÓ, 2016 p.429)

## **2. A valoração da oitiva do ofendido**

A presunção de inocência, tida como base do processo penal em locais onde são verificadas existências de Estados Democráticos de Direito, muitas vezes é colocada em xeque diante da necessidade social de punir. Há crimes de difícil aferição, seja pela dificuldade na colheita de provas materiais ou pela quase que

constante ausência de testemunhas. Quando se lança mão do recurso de realizar perguntas ao ofendido, existe a possibilidade de que surjam falhas na memória de quem sofre o ilícito, ou ainda de colher relatos imprecisos desacompanhados de outras provas. Há riscos da ação penal resultar em punição para uma pessoa inocente, no caso de valoração total da palavra da vítima ou até de surgir a suspeita de denúncia caluniosa, se a oitiva do ofendido vir a ser demonizada.

Particularmente, os crimes que envolvem crianças e adolescentes merecem atenção específica do magistrado no momento de realizar a valoração dos depoimentos. Não são raras as vezes que os delitos que vitimam esses grupos não possuem testemunhas. Os crimes contra a dignidade sexual, conforme apurado, acontecem comumente em ambiente doméstico, o que dificulta a colheita de provas testemunhais e materiais.

Pelo elevado grau de reprovabilidade, crimes como os supracitados envolvem clamor social e exigem adequada prestação jurisdicional por parte do Estado. A recorrente falta de provas faz necessária uma correta inquirição da vítima, para que sejam descartados eventos como as memórias falsas, a denúncia caluniosa, dentre outras circunstâncias que podem afastar o juízo daquilo que se entende como verdade processual.

Nesse sentido, nunca se mostra prescindível o resgate daquilo que o Código Adjetivo Penal nos mostra, no que tange à oitiva da vítima. Cabe, em primeiro lugar, constatar que o ofendido não é considerado como testemunha e não se confunde com ela. De acordo com a interpretação da aludida legislação de Aury Lopes Jr (2018), a vítima, além de não prestar compromisso de dizer a verdade ou de correr o risco de ser responsabilizada pelo crime de falso testemunho, não entra para a compatibilidade do número de testemunhas permitidas pela acusação. Por outro lado, apresenta-se para depor compulsoriamente, sendo possivelmente conduzida em caso de negativa.

Sem se referir especificamente ao ofendido infante, também se manifesta pela obrigatoriedade da colheita desse meio de prova, Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 434). Assegura o autor que:

“...quando o ofendido atribui a alguém a prática de um crime, pensamos que ele deve ter o dever de depor, sempre que intimado, pois, ao final, poderá

vir a ser apurada a sua responsabilidade penal pela falsa imputação de crime”.

O entendimento encontra reverberação nas palavras de Nicollit (2016, p. 695), ao afirmar que “o ofendido tem o dever de contribuir com a Justiça. Por tal razão, há previsão para sua condução coercitiva quando, intimado, deixa de comparecer sem motivo justo”.

A previsão para que a vítima de um ato ilícito penal possa expor em juízo sua versão sobre os fatos se encontra no art. 201 do Código de Processo penal.

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (BRASIL, 1941)

O aludido dispositivo apresenta, contudo, respeitáveis interpretações discordantes. Mirabete (2000), por sua vez, defende que a oitiva deve ser facultativa, por não ser elemento imprescindível ao processo penal. Portanto, sua falta não acarretaria nulidade.

Observando o texto legal, é possível dar razão à corrente majoritária, uma vez que o termo “sempre que possível” indica uma obrigação que pode ser flexibilizada através de um evento justificável, não uma faculdade ou liberalidade pertencente ao ofendido. A previsão da condução coercitiva demonstra de maneira incontroversa que a intenção do legislador é indicar que a participação da vítima é uma regra. Ilustram tal posicionamento as palavras de Gustavo Henrique Badaró, ao informar que “a oitiva do ofendido é um dever do juiz, que a realizará sempre que possível” (2016, p.465).

No cerne da discussão, é curiosa a forma com que Edilson Mougnot (BONFIM, 2015, p.466) se posiciona, aparentemente tentando unir as duas correntes, mas privilegiando na prática o sentido da obrigatoriedade. Vejamos:

“A oitiva do ofendido não é obrigatória, não constituindo sua falta causa de nulidade. Entretanto, uma vez determinada sua realização, o comparecimento da vítima será obrigatório. Se, regularmente intimada, ela não comparecer, poder-se-á determinar sua condução coercitiva à presença da autoridade policial ou judicial, podendo o ofendido, resistente responder, inclusive, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal”.

É importante reforçar que nem sempre é possível ou viável que se obtenha a narrativa do ofendido durante uma ação penal. A conduta delitiva que motiva a ação penal pode ter tornado a vítima incapacitada para realizar tal feito. Também existe a possibilidade da oitiva ser demasiadamente danosa para o ofendido declarante, como no caso do objeto desse trabalho, a vítima infante.

“Casos haverá, é certo, em que a não participação da vítima poderá ser explicada, e bem explicada, por razões perfeitamente compreensíveis, quando, então, não se poderá submetê-la, mais uma vez, ao constrangimento de ter que se submeter à presença de seu algoz. Em tais situações, a conduta de alheamento ao processo será plenamente justificada, não constituindo ilícito algum” (OLIVEIRA, 2015. p.435).

Remontando de maneira célere as funções do direito penal e da pena, é razoável afirmar que existe interesse social na solução dos crimes e na punição dos infratores para que sejam atendidas as funções de prevenção geral e específica da pena. Nesse sentido, torna-se imperiosa a participação da vítima, sobretudo nos casos em que dificilmente se chega ao juízo alguma prova material.

Diante de tal premissa, o questionamento central desse tópico é inquirir se a regra geral, ou seja, a de obrigatoriedade para oitiva das vítimas se repete para as crianças ou elas se enquadram, por presunção, em um grau de vulnerabilidade que as desobrigariam de prestar esclarecimentos à justiça.

É salutar, antes que se precipite em tentar oferecer uma resposta adequada ao dilema, que observemos as dificuldades encontradas na colheita da declaração da vítima. Dificuldades estas que repercutem, não apenas no âmbito pessoal de quem é ouvido, mas também na qualidade da produção da prova.

## **2.1 Falsas Memórias e outras falhas na lembrança**

Um dos problemas de grande relevância para qualquer processo que envolva uma vítima, ou até mesmo testemunha que possa vir a expor sua visão acerca dos fatos de natureza penal qualificados em juízo é o da produção das falsas memórias. O processualista Aury Lopes Junior, ao trabalhar a delicada questão das falsas memórias no processo penal, esclarece que o estrutura da memória humana difere do que imagina o senso comum. Afirma que “as imagens não são permanentemente

retiradas na memória sob a forma de miniaturas ou microfilmes” (2018, p. 478). Para isso, resgata a citação de Antônio Damásio, que declara que:

“As imagens não são armazenadas sob forma de fotografia fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém com “deixas” ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas” (DAMÁSIO, 2012 apud LOPES JR, 2018 p. 478)

Tabajaski, Paiva e Vinieski (2010) trazem relevante contribuição para a problemática quando resgatam os ensinamentos de Schacter (2001 apud TABAJASKI, PAIVA E VINIESKI, 2010) a respeito do funcionamento da memória humana e de como o mecanismo de registro das experiências podem resultar em problemas comunicativos. Concordando com Damásio, explica-se que não é possível ao ser humano registrar informações como se fossem verdadeiras cópias ou fotografias de suas lembranças, e que normalmente tais lembranças serão acrescidas de algum componente subjetivo, como crença, sentimento ou a filtragem através de algum conhecimento adquirido.

Ao escrever sobre os eventos mais comuns que interferem na memória humana, Schacter faz uma divisão entre aqueles que são omissivos dos que são comissivos. A terminologia indica que os “pecados de omissão” se referem aos eventos que não são oriundos de interferência externa, nos quais se situam a transitoriedade, a distração e o bloqueio.

O autor caracteriza a transitoriedade como um fenômeno comum. Tratando de modo simplificado, compreende-se que a passagem do tempo deteriora as lembranças. Pelo fato de que estamos sempre alimentando a memória com novos eventos de maneira ininterrupta, possuímos cada vez menos capacidade de reprocessar e reproduzir eventos remotos. Cada vez que reprocessamos um episódio antigo, este evento tende a sofrer alterações.

Por sua vez, a distração se trata de um problema relacionado à ordem de relevância dos eventos vividos. É comum não haver lembranças detalhadas de atividades cotidianas, repetitivas e não dar a devida atenção demais eventos que ocorreram. A desconcentração, motivada muitas vezes por estarmos compenetrados

em outras atividades, resulta no esquecimento de coisas que precisamos recordar. Ações automatizadas como trancar as portas são um clássico exemplo de coisas que podem escapar da memória através de distração.

O bloqueio ocorre muitas vezes em momento de tensão, em que a busca na memória por um episódio específico não encontra a resposta almejada. Não é raro que, num momento posterior à tensão, seja possível se recuperar do lapso e se recordar do objeto pretendido. Explicam as autoras que o pesquisador defende que é possível que haja um choque de lembranças, na qual uma bloqueia o processamento da outra.

Os fenômenos citados possuem em comum a característica da impossibilidade, ainda que momentânea, de buscar na memória os fatos dos quais pretendemos nos relembrar. Já o grupo dos “pecados comissivos” diz respeito a fatos lembrados, mas que sofrem interferência que em muito prejudicam o objeto desse estudo, que é o relato da vítima de ato ilícito penal em juízo. Estes, na leitura de Schacter são a atribuição errada, a distorção, a persistência e a sugestionabilidade. Este último, o mais relevante para as pretensões dessa produção textual.

O próprio termo “atribuição errada” já dá pistas ao que remete. Trata-se de memória imperfeita. O indivíduo, ao tentar recordar de determinado fato, compreende-o com correção mas indica que outra pessoa o produziu. Ou se recorda da pessoa correta mas confunde a informação sobre o que tal pessoa teria feito. Há um engano de atribuição, que no caso de uma inquirição penal pode levar a sérias contradições.

Quando elementos subjetivos, como a crença, o conhecimento ou sentimentos fazem com que a lembrança de algo seja alterada, ocorre o que pode ser chamado de distorção. É de alta relevância destacar esse elemento, pois a vítima de uma conduta delituosa tende a possuir pronunciado interesse a respeito do resultado da ação penal. No caso de crianças, podem tanto desejar uma punição ou uma absolvição, caso tenham sofrido pressão familiar ou tenham alguma relação de dependência com o réu. Existe uma clara diferença entre o relato de algo passado, conforme vimos no passado e aquilo que descrevemos sobre o passado com as motivações, sentimentos e conhecimentos que o declarante possui no momento em que dá a sua versão dos fatos.

Quanto à persistência, descreve-se como fenômeno inverso à falta de memória. Quando o fato a ser lembrado é deveras impactante, é possível que não seja tão facilmente esquecido. Algo que tenha causado grande constrangimento ou dor pode vir a se apresentar de maneira inconveniente e o indivíduo, incomodado pela persistência de lembranças nocivas, pode vir a fugir da realidade tentando se defender de tal incômodo.

Por fim, a sugestionabilidade tem grande interesse no assunto. Nas palavras de Tabajaski, Paiva e Visnieski, “refere-se às lembranças criadas como resultado de perguntas tendenciosas, comentários ou sugestões feitas quando uma pessoa está tentando se lembrar de uma experiência no passado” (2010, p.63). A maneira com que se porta um inquiridor, realizando perguntas que indicam um tipo de resposta pode produzir um relato de uma memória que não existe, mas que foi concebido no momento do relato, baseado nas informações trazidas pelo entrevistador. A sugestionabilidade, portanto, é algo que deve ser evitada por quem colhe o relato de vítima de qualquer idade. Nas crianças, pela sua tenra maturação, o efeito de uma técnica errada de entrevista pode produzir efeitos ainda mais nocivos, tanto para ela quanto para a qualidade da informação prestada, pois pode abrir espaço à formação de falsas memórias.

Aponta Aury Lopes Jr que as falsas memórias se diferem da mentira, pois no primeiro caso a pessoa relatante acredita naquilo que diz, porém incorre em erro motivado por sugestionamento de natureza externa ou mesmo interna. Por sua vez, a mentira se trata de relatar de forma consciente e intencional um fato que não aconteceu. Existe clara noção de que há uma tentativa de manipulação.

Tanto um quanto outro se apresentam como elementos nocivos ao processo penal. Entretanto, ressaltar o autor que a falsa memória enseja maiores esforços em sua detecção. Ainda que não esteja lastreada na realidade, uma lembrança capaz de convencer a própria vítima dos acontecimentos pode gerar um momento de sofrimento genuíno. Para Aury Lopes Jr, “diferenciar lembranças verdadeiras de falsas é sempre muito difícil, ocorrendo apenas quando se consegue demonstrar que os fatos contradizem (as falsas) lembranças” (2018, p. 481).

O autor cita o pensamento de Di Gesu ao afirmar existem grupos que são mais suscetíveis à formação da falsa memória, como é o caso das crianças. Assegura

que a estrutura psíquica da criança é mais frágil que a de adulto e, portanto, existe maior possibilidade de haver uma violação durante a tomada da declaração. Além disso, existem determinados fatores que tornam a possibilidade ainda maior, que é a necessidade do infante corresponder às expectativas do adulto que a entrevista, bem como dos acontecimentos de uma forma geral.

Assim, conforme a posição de Di Gesu, Aury Lopes Jr. aponta quatro fatores críticos na oitiva infantil. O primeiro diz respeito à situação atípica da criança, narrando suas experiências sem ter costume ou preparação para realizar tal ato. O segundo é sobre o lapso temporal: quando mais tempo da conduta delitiva, maior dificuldade a criança terá para narrar os eventos, haja visto que muito se perderá através da transitoriedade da memória. Em terceiro lugar, destaca-se o óbvio desconforto na narrativa de fatos traumáticos e constrangedores. Por fim, a necessidade da criança, vulnerabilizada no rito judicial, tentar agradar o adulto que a entrevista, muitas vezes chegando a mudar a sua resposta esperando dizer aquilo que o seu interlocutor espera.

Diante de tantas nuances, desconfia-se de que o operador do direito sem o devido preparo não se mostre eficiente na busca das informações que a criança teria que oferecer. É imprescindível que haja especialização do profissional que ouvirá a criança ofendida ou testemunha de um crime. Aury Lopes Jr (2018), ao remeter aos ensinamentos de Osnilda Pisa a respeito da problemática, lança mão de oportuna lembrança de métodos que devem acompanhar todos os ritos de colheita de depoimentos infantis. O primeiro, é que a entrevista que envolver criança e um profissional preparado para ouvi-la deve necessariamente ser acompanhada por acusação e defesa, pois as entrevistas privadas certamente violariam o contraditório no aspecto da produção de prova. O segundo é a obrigatoriedade da gravação de áudio e vídeo de todas as avaliações e entrevistas realizadas com infantes, tanto para não precisar repetir o árduo momento para a criança quanto para que o próprio juiz forme sua convicção através das imagens coletadas, podendo até indeferir a prova caso seja notada alguma irregularidade na sua produção.

## 2.2 Revitimização

Ratificada pelo Brasil, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança assinala em seu art. 12 a obrigação dos Estados signatários assegurarem à criança o direito de expressar suas opiniões de forma livre a respeito dos assuntos que a ela se relacionarem, levando em conta a sua idade e maturidade (BRASIL, 1990).

Admite-se que mesmo em situações corriqueiras, é natural até para adultos a tentativa de evitar mencionar assuntos desagradáveis. O transtorno causado pela lembrança de fato adverso, seja por sugestão de terceiro ou pelo fenômeno da resistência da memória já mencionado nesse trabalho, pode se mostrar como uma experiência agri-doce.

Se pessoas adultas, que concluíram o seu processo de maturação psicológica, utilizam o expediente de silenciar sobre aborrecimentos e podem sofrer danos com lembranças indesejáveis, infere-se que o ato de exigir que uma criança ofendida com fato criminoso relate o evento com as minúcias necessárias para a formação do convencimento do juiz produza repercussões traumáticas,

A título exemplificativo, é possível citar o trecho de oitiva trazida por Maria Regina Fay de Azambuja (2010, p.224) referente à apelação cível nº70012117024. Trata-se de processo de destituição do poder familiar após violência sexual:

“Na primeira vez em que foi dormir na sala dele, “quando a tia V. não estava”, ele já a convidou para dormir na mesma cama que ele. Certa noite acordou com a cabeça dele no peito dela. T. evidencia séria preocupação com tais fatos, para de falar mais de uma vez no meio da entrevista, abaixa a cabeça e a esconde entre seus braços. Muda de assunto, falando que já fez “um desenho de uma árvore, com uma corda e ela pendurada”, lembrando de momentos em que já quis abreviar sua vida”. (TJRS. Apelação Cível nº 70012117024, julgado em 09/11/2005, Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, Lajeado).

Trata-se claramente de vitimização secundária. Defende Azambuja que ao olharmos o fenômeno à luz da doutrina da proteção integral, podemos perceber que esse resultado indesejado não deveria acontecer. Muito menos quando provocado pelo próprio Estado, que tem o dever de resguardar prioritariamente o direito da

criança e do adolescente, conforme ditam diversos comandos normativos como a Constituição da República em seu art. 227, o estatuto da criança e do adolescente e a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança. Por tal razão, a jurista resgata a importância da discussão sobre a maturidade, conceito que segundo a autora determina a fase da vida em que se atinge o desenvolvimento completo físico-mental. Assim, compreende-se que a criança ofendida não havia atingido o mínimo grau de maturidade para enfrentar o procedimento supracitado.

### **2.2.1 Intervenção mínima e a redução do dano secundário**

Uma das poucas aparentes unanimidades no tema é que o depoimento, seja especializado ou nos parâmetros comuns para adultos, não é uma boa experiência para as crianças. Trabalhar as lembranças de eventos nocivos, por mais capacitado que seja o ouvinte, representará um sacrifício para qualquer que seja o desenvolvimento psíquico do declarante ofendido. Por tal razão Patrícia Ramos (2016) aponta para a necessidade de observarmos o dispositivo no art. 100, parágrafo único, inciso VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de salvaguardar os direitos do infante, lastreados na doutrina da proteção integral e na dignidade humana.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990).

Daí se manifesta a necessidade de gravação das oitivas, para que o infante ofendido e ainda mais vulnerável não tenha que voltar a vivenciar desnecessariamente eventos que lhe causem ainda mais dano. É inadmissível que o Estado proponha, como se realizava antes do advento da lei 13.431/2017, que a busca pelo judiciário obrigasse o infante a depor diversas vezes sobre o tema que o aflige, sobretudo para profissionais sem o devido preparo. No caso, teria a criança

que relatar seu drama ao conselheiro tutelar, em seguida ao Delegado de Polícia e, após conclusão do inquérito policial, ao juiz.

Sobre a problemática, é de valor inestimável resgatar o ensinamento de Eunice Teresinha Fávero, que observa com acuidade que o fenômeno da repetição das oitivas é um dos maiores problemas das escutas e inquirições infantis:

“Considera-se que não se trata de depoimento “sem danos”, pois a criança não deixa de ser exposta a uma situação em que lhe cabe a responsabilidade de acusar o suposto abusador, quem, em muitos casos, é uma pessoa com a qual manteve/mantém vínculos afetivos. Portanto, é de responsabilidade dela fornecer a “prova” para que o acusado seja punido, inclusive com a prisão.

A redução de danos poderia não estar no DSD em si, mas na diminuição de vezes em que a criança é exposta ao relatar a violência sofrida, no interior de um trabalho interdisciplinar e integrado, preferencialmente fora do espaço do Judiciário” (FÁVERO, 2010. p. 198).

É forçoso reconhecer a importância de ter como paradigma das oitivas o princípio da intervenção mínima como mecanismo de proteção tanto da criança quanto da qualidade da produção da prova. Não é oneroso lembrar que quanto mais a criança for inquirida, maior a chance de sofrer sugestibilidade das lembranças através das reperguntas, cada vez mais específicas sobre o tema e cair em contradições motivadas pelo seu abalo mental. Como desmembramento ainda mais negativo, pode o infante produzir falsas memórias aterradoras e passar por um sofrimento desnecessário, criando versões distorcidas ainda mais nefastas do dano que sofrera, conforme visto nos estudos sobre a memória apresentados por Tabajaski, Paiva e Visnieski (2010).

### **2.3 Ausência de provas**

A necessidade da inquirição da criança e do adolescente nos processos penais que versam sobre ofensas que as vitimam é, incontestavelmente, motivada pela incapacidade de produzir provas materiais que costumam acerrar tais delitos. Azambuja entende por materialidade “o conjunto de elementos objetivos que materializam ou caracterizam um crime ou uma contravenção, um ilícito penal” (2017, p.229).

Mesmo sendo possível inferir sem maiores dificuldades a constatação de que são incomuns os crimes que vitimam crianças e adolescentes que não deixam provas materiais ou testemunhais, é oportuno registrar a informação repassada por Maria Regina Fay de Azambuja (2017), que o índice de delitos que ofendem crianças acontece no ambiente doméstico, o que sem dúvida complica exponencialmente a produção probatória.

Isso significa que a criança, em tese, precisaria passar por algumas etapas antes de conseguir informar ao judiciário a ofensa sofrida. Precisaria perceber o ocorrido, informar a algum responsável que acredite nesse relato e assim formalizar uma representação criminal contra o ofensor. Ainda que tudo isso ocorra, dificilmente será em prazo e em condições para preservar alguma prova material a ser aferida através de perícia.

### **2.3.1 A presunção de veracidade da oitiva**

Diante de um evento delitivo que torne uma criança ou adolescente vítima, mostra-se oportuno refletir acerca do caminho que se levará até que se ajuíze uma ação penal contra o suposto infrator. Lembra-se, em um primeiro momento, de que nem sempre a criança compreenderá a questão como abuso. Nem sempre o responsável procurado acreditará nela. Além disso, muito frequentemente surgirão distúrbios familiares que inviabilizariam o desdobramento regular da ação penal. Tal preocupação foi apontada por Patrícia Chambers Ramos, como podemos ver: (2016, p.154)

“Não raro, a violência sexual é praticada pelo pai ou padrasto, com a convivência da mãe, que prefere não enxergar a realidade ou simplesmente naturalizar a situação. Por comodidade, entende como natural o fato. O pai ou padrasto é muitas vezes o provedor do lar, responsável pelo sustento da família, e a companheira, seja por interesses financeiros ou emocionais, prefere ignorar a situação, imaginar que o filho ou filha está mentindo, que provocou a situação, etc. Muitas vezes se estabelece um pacto de silêncio dentro da família”.

Sem nenhum prejuízo do raciocínio anterior, podemos também nos depararmos com situação inversa. Através da alienação parental, pode haver indução para que o relato seja desfavorável a um familiar. Como defende Patrícia

Ramos (2016, p.155), “falsas acusações de abuso sexual, assim, estão inseridas no contexto do sistema de justiça, quintuplicando a complexidade do tema abordado”. Encontra-se um exemplo paradigmático disso em recorte da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime nº 70019975275, trazido por Maria Regina Fay de Azambuja (2010, P.226):

“A negativa da vítima, em juízo, é perfeitamente compreensível em face do medo de uma represália da mãe, já que, após a prisão do acusado, a família começou a sofrer dificuldades financeiras e a mãe C. Passou a quebrar objetos da sua própria casa, agredir verbalmente os vizinhos e culpar suas filhas E., L. e M. pela prisão do companheiro”.

Indaga-se sobre qual será a inclinação do magistrado para confiar nesse tipo de meio de prova. Haveria alguma presunção de veracidade no relato infantil? O questionamento deve ser alimentado por questões absolutamente sensíveis. Trata-se de um indivíduo com a maturidade psíquica incompleta, dependente afetiva e economicamente de seus familiares, em um contexto no qual comumente um familiar é o ofensor.

Badaró aponta uma série de fatores complicadores para que uma criança de a sua versão dos fatos. Ao se referir à matéria, porém considerando especificamente o infante na condição de testemunha de um delito, o processualista afirma, em primeiro lugar, que se trata de “uma pessoa imatura psicologicamente, dotada de forte poder de imaginação” (2018, p.478). Não é também capaz de compreender a importância de dizer a verdade ou de medir os prejuízos de uma mentira. Portanto, tal testemunha não deve fundamentar uma sentença isoladamente, mas é plenamente admissível que esse discurso, se acompanhado por outros meios de prova, seja considerado para a formação do convencimento do magistrado.

Oportuno lembrar no momento em que se pondera acerca do poder da palavra do declarante, das garantias asseguradas ao réu em um ordenamento típico de um Estado Democrático de Direito. Se o devido processo legal de fato ocorrer conforme ordena o direito positivado brasileiro, qualquer dúvida razoável indicará a absolvição. Qual seria a possibilidade de uma ação penal sustentada apenas pelo relato do ofendido ser tão contundente a ponto de não gerar dúvida razoável? Registra-se aqui que o questionamento, respeitando as diferenças naturais entre

tipos de pessoas que são vítimas de delitos de árdua aferição, também é tema recorrente quanto ao crime de violência sexual contra mulheres.

Importante lembrança sobre o tema surge nos ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró. Sua preocupação com as consequências da aceitação inconteste das informações passadas pelo ofendido se encontram sintetizadas na forma que se segue:

“Todo meio de prova tem valor relativo. Com maior razão, no caso da oitiva do ofendido, suas palavras devem ser recebidas com grande reserva, pelo seu inegável interesse no resultado do processo. Quem foi vítima do crime, ao prestar suas declarações, pode ser levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção e narrar os fatos como lhe pareçam convenientes, e não como eles efetivamente ocorreram” (BADARÓ, 2018. p. 467).

O delicado tema de como tratar a veracidade do relato faz a jurisprudência oscilar enquanto a doutrina se cerca de temperança. Atendendo as especificidades dos delitos que envolvem crianças, como os abusos sexuais e os crimes de tortura e abandono, respeitáveis vozes se posicionam no sentido de apontar um abrandamento da exigência de demais provas que dirimam a dúvida que possa haver sobre autoria e materialidade. Por sua vez, os tribunais atestam que é questão que deve a sua solução às particularidades do caso concreto, como vemos no REsp 1346774/SC:

“É sabido que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos” (STJ, 2013)

Ressalta-se também a valiosa contribuição de Aury Lopes Jr, ao explicar que para que se condene o réu é necessária prova robusta de autoria e materialidade. Não se justifica condenação sustentada apenas pela palavra da vítima, tendo em vista que essa possui menor valor probatório por conta do seu comprometimento com o fato e natural interesse no resultado do processo.

O autor, ao analisar a jurisprudência pátria sobre a presunção de veracidade dos esclarecimentos prestados pela vítima, observa que:

“A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória (...) de um lado não se pode desprezar a palavra de vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, ingênua premissa de veracidade, pois a história desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno” (LOPES JR, 2018, p.457)

O posicionamento supracitado encontra consonância nas palavras de Gustavo Henrique Badaró, que, não obstante observe o posicionamento dos tribunais levando em conta a especificidade do tipo de crime que não oferta muitas possibilidades de obtenção de provas periciais ou testemunhais, profere:

“Embora não se possa excluir, a priori, o valor das declarações do ofendido, justamente por se tratar de prova precária e muito sujeita às distorções, a declaração do ofendido, quando isolada, e sem estar corroborada por outros elementos, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para a condenação” (BADARÓ, 2015. p.467).

### **3. A oitiva infantil de acordo com a lei 13.341/2017**

Criado pela deputada Maria do Rosário, o dispositivo legal nº 13.341 do ano de 2017 visa aperfeiçoar a experiência do depoimento especial, que tem forte base na experiência lançada no Estado do Rio Grande do Sul, chamada à época de Depoimento Sem Dano. Não é difícil presumir que este título se mostra destoante da realidade, haja visto que não é possível tratar de elementos tão graves de maneira indolor, sobretudo com vítimas infantis. Assim, o projeto que visa expandir nacionalmente o tratamento multidisciplinar que acolhe crianças que buscam o Poder Judiciário em matéria penal foi rebatizado de Depoimento Especial.

A lei institui uma complexa rede de atendimento que tem como escopo garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais do depoente ou declarante infantil, chamado de Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente que são vítimas ou que vieram a testemunhas um ato violento. Destaca o art 3º, ao assegurar que tais medidas são lastreadas em fundamentos da maior relevância para a matéria aqui discutida.

Art. 3º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, às quais o Estado, a família e a sociedade devem assegurar a fruição dos direitos fundamentais com absoluta prioridade. (BRASIL, 2017)

Tal dispositivo, portanto, leva em consideração elementos caros para a proteção desse grupo social tão vulnerável. Aqui se nota que, não apenas a oitiva, mas todo ato de acolhimento terá como parâmetro a condição de desenvolvimento da criança e do adolescente. E assim como determina a doutrina da proteção integral, declara que os direitos fundamentais dos infantes serão tratados com prioridade absoluta.

O título III da indigitada norma apresenta, antes de tudo, a distinção entre escuta especializada e depoimento especial. Enquanto a primeira diz respeito ao procedimento de entrevista realizado por órgão da rede de proteção, o depoimento especial se trata da oitiva da criança ou adolescente perante autoridade policial ou judiciária. Para os fins desse estudo, interessa concentrar esforços do depoimento especial.

A norma aqui discutida ressalta, em seu art. 9º, que haverá vedação de qualquer contato entre o imputado e a vítima ou entre a vítima e qualquer indivíduo que possa constrangê-la. O artigo seguinte, como complemento à ideia anterior, determina a existência de espaço físico apropriado que garanta privacidade.

Já o art. 11 demonstra preocupação com o fenômeno da revitimização, já abordada em capítulo próprio. O texto normativo informa que, como regra, a oitiva será realizada em ato único, a fim de naturalmente evitar a repetição do dano de tratar de assunto tão delicado e assim prejudicar tanto a saúde da criança quanto a própria produção da prova. Uma nova colheita do relato ou depoimento só seria admitida se motivada por excepcionalidade. Por sua vez, o rito cautelar de antecipação de prova só estaria previsto em caso da oitiva se dirigir a criança de idade inferior a sete anos, ou se a violência a ser tratada versar sobre crimes que atentem contra a dignidade sexual. A razão para tal precaução é que a prova a ser produzida nesses casos poderia perecer, seja pela fragilidade da memória do infante de idade tão reduzida, seja pela especificidade da matéria do crime sexual, que poucas vezes permite prova pericial. Além disso, o crime sexual tende a causar

dano tão intenso que o transcorrer do tempo repercutiria negativamente na qualidade da prova, pois a memória estaria mais suscetível a sofrer alterações por eventos como a transitoriedade e a distorção.

A descrição de como se prosseguirá como o rito da oitiva do ofendido infante se encontra no corpo do art. 12. Em primeiro lugar, caberá ao profissional especializado esclarecer a criança sobre a tomada daquele depoimento, informando seus direitos e aspectos gerais acerca do procedimento. Não será feita, contudo, a leitura da denúncia.

A conduta do profissional deverá ser a de permitir que a criança conte livremente suas informações sobre o delito discutido judicialmente, pois se assegura a narrativa livre como direito do infante. Apenas poderá conduzir a entrevista fazendo eventuais intervenções técnicas. Tal precaução encontra respaldo na necessidade de minimizar o risco da sugestibilidade, e consequentemente, criação de falsas memórias.

Um ponto que chama atenção é o inciso III do referido artigo, que traz a inovação da transmissão da oitiva em tempo real através de vídeo para a sala de audiência, onde estarão o juiz, o representante do Ministério Público e o Defensor. Através dessa transmissão, o juiz poderá observar a necessidade de realizar perguntas complementares, após consultar as partes e transmiti-las ao profissional entrevistador, que terá a faculdade de adaptar o conteúdo de tais perguntas à criança, levando em conta o grau de sua maturidade psíquica e a sua linguagem. Todo depoimento será gravado em áudio e vídeo, para evitar que seja necessário novo procedimento.

Não é demais mencionar que o depoimento especial é uma das formas previstas da vítima ou testemunha ser ouvida. Não obstante, pode a pessoa declarante, dada a sua maturidade, achar mais pertinente relatar sua visão sobre o delito diretamente ao juiz, sem prejuízos ao processo. Nesse caso, caberá ao juiz tomar as devidas providências para que a privacidade e a intimidade da vítima testemunha não sejam prejudicadas assim como caberá ao profissional especializado avaliar se a presença do réu colocaria em risco a qualidade do depoimento ou a integridade da própria vítima ou testemunha. Em caso positivo, o imputado daquela conduta delitiva será afastado.

### 3.1 Críticas ao depoimento especial

A polêmica que envolve a temática do depoimento infantil se cerca de debates acalorados na doutrina pátria. Ainda que a lei 13.341/17 objetive uniformizar o acolhimento de crianças, sejam vítimas ou testemunhas de uma ação judicial penal, e que esse procedimento contemple uma série de cuidados que buscam a redução do dano ao infante, não são poucas as vozes que se lançam contra a ideia.

Podemos observar que as críticas seguem normalmente duas premissas centrais. A primeira delas diz que o modelo do depoimento especial não traduz as bases apregoadas na doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Significa dizer, grosso modo, que as boas intenções elencadas no dispositivo supramencionado não atingem seus objetivos de preservar a criança de novos traumas.

O segundo argumento questiona o atendimento multidisciplinar esperado. A utilização de profissionais especializados na escuta infantil, capazes de acolher a criança de forma satisfatória, dotados de preparo para se comunicar com o infante de maneira menos invasiva e treinados para evitar os já explorados fenômenos das falsas memórias estariam limitados a cumprir ordens que visam unicamente a qualidade da produção da prova. O interesse de solucionar o problema da criança, de ouvi-la, compreendê-la e auxiliar a transposição de um momento difícil ficaria esquecido, ou na melhor das hipóteses, em um plano distante.

Alexandre Morais da Rosa é enfático ao mencionar a terceirização da oitiva e acrescenta que o depoimento especial se baseia no interesse da proteção, não da criança, mas do próprio magistrado do possível erro de avaliação que possa a vir a cometer. Observa que apenas a roupagem muda e que os atores são substituídos, mas que o processo inquisitorial em busca da verdade real permanece, desrespeitando os interesses da criança e do adolescente. No prefácio da obra de Maria Regina Fay de Azambuja, o jurista profere:

“Mesmo cheio de boas intenções e razões aparentemente louváveis, a prática do Depoimento Especial objetifica a criança, instrumentaliza o profissional psi ou o assistente social, transformando a ação única e exclusivamente em fonte de prova para possível condenação, sintoma maior

da dissonância cognitiva. Se, de fato, queremos respeitar as crianças vítimas, é preciso valorizar o que já foi construído sobre a questão do trama, evitando a revitimização” (AZAMBUJA, 2017. p.13).

Por sua vez, Maria Regina Fay de Azambuja encara a inquirição, seja por depoimento especial ou as suas formas tradicionais como um mecanismo causador de danos. Assim, todo o rito procedimental previsto pela lei 13.431/2017 não estaria de acordo com o escopo da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Em uma comparação entre o depoimento sem dano e demais alternativas, a doutrinadora sustenta a sua crítica:

“Dentre as tentativas apresentadas, a avaliação psicológica e psiquiátrica, realizada por peritos psicólogos e psiquiatras, especialistas no atendimento de crianças e adolescentes, credenciados no Departamento Médico Legal, por construir prova técnica, aparece como alternativa mais segura e sem dano para a criança, uma vez que retira de sua responsabilidade a produção da prova, trazendo ao processo informações sobre eventuais sequelas causadas pela violência sexual. Assim como as lesões físicas são apuradas por médico legista, através de perícia realizada em consultório, sem a interferência de outro técnico e sem o acompanhamento em tempo real pelo magistrado, advogados e réu, a constatação dos danos psíquicos há que ser apurada por médico psiquiatra e psicólogo, cujos laudos técnicos devem ser enviados aos autos do processo, constituindo-se prova de materialidade” (AZAMBUJA, 2017. p.188).

Cristina di Gesu (2014) adere à corrente de resistência quanto à aplicação da técnica do depoimento especial. De acordo com o seu pensamento, há flagrante violação ao princípio do contraditório e da identidade física do juiz, bem como um sério prejuízo à ampla defesa. Além de reiterar a posição de que a vítima infante não deve arcar com a responsabilidade de produção de provas, mostra-se veemente no que tange à terceirização do serviço da escuta, já apontado por Morais da Rosa. Por fim, questiona a obrigatoriedade do depoimento ou declaração, bem como pressupõe a existência do direito ao silêncio por parte da vítima.

No mesmo sentido, o Conselho Federal de Serviço Social bem como o Conselho Federal de Psicologia manifestaram-se de forma semelhante ao editarem resoluções que regulamentavam os objetivos e funções de suas profissões. Através da Resolução nº 554 do ano de 2009, o CFESS se manifestou contra a participação do profissional de serviço social na técnica de inquirição proposta pelo depoimento

sem dano de infantes. O ofício do magistrado, segundo o Conselho, não poderia ser transferido para os profissionais que atuam como auxiliares de justiça, pois os assistentes sociais não teriam aptidão para colher provas para o judiciário. No ano seguinte, o CFP editou a Resolução nº 10, que versa sobre a proibição da atuação de psicólogos na inquirição de crianças. Pode-se resumir o teor da publicação do Conselho de Psicologia afirmando que a função do psicólogo é promover a escuta psicológica direcionada a crianças e adolescentes vítimas de abuso, como o intuito de auxiliar a superação dos danos psicológicos derivados desse ato. Tal premissa contraria a função de produzir provas para alimentar uma ação penal que visa punir um criminoso, muitas vezes às expensas das informações passadas pelas vítimas através de uma entrevista penosa.

Em síntese, observamos que a resistência ao Depoimento Especial enfrenta o problema da obrigatoriedade da oitiva, que atribui ao infante um tipo pesado de responsabilidade que ele mal consegue compreender, que é a de produzir provas contra o réu, ainda que isso signifique um sacrifício. Tal mecanismo, ainda que cercado dos devidos cuidados, afronta direitos inegociáveis como o da incolumidade da criança, que se interpreta como prioritário perante outros a partir da leitura do dispositivo constitucional localizado no art. 227 da Carta Magna.

### **3.2 A obrigatoriedade da oitiva da criança e do adolescente**

Conforme visto, a superação do estado de objeto para a vivência de estado de sujeito que as novas legislações nacionais e internacionais trouxeram para as pessoas que se enquadram como crianças e adolescentes também lhes concedeu uma voz para expressar e opinar acerca de assuntos de seus interesses. Não se trata mais da mera faculdade da autoridade judiciária, como assinala José Antônio Dalbé Cezar (2010), tampouco prerrogativa do acusado. Trata-se de um exercício de um direito conferido ao infante e que, uma vez estabelecidos padrões que respeitem as peculiaridades de seu desenvolvimento, através de uma oitiva especializada, não resultaria em consequências desastrosas provocadas pela revitimização. Além disso, atende às previsões normativas internacionais ratificadas pelo país que visam

a proteção da criança e do adolescente através do atendimento especializado deste grupo.

Lembra-se o autor da importância da oitiva, não apenas como exercício de direito mas como ato de valorização da vítima enquanto pessoa. Nesse sentido, Cezar resgata os ensinamentos de Dobke a respeito de crimes de natureza sexual com propriedade:

“A atitude do inquiridor em dispensar o relato da vítima demonstra, inequivocamente, um bem-intencionado senso de proteção. Mas essa medida, aparentemente protetora, de não falar sobre a experiência sobre o abuso sexual, frequentemente transmite uma mensagem muito diferente para a criança. Ao assim agir, está o inquiridor negando a experiência da vítima e, com isso, a própria criança, o que é por ela percebido. E, ao deixar de examinar a experiência, por razões protetoras, os operadores do direito reforçam a experiência do abuso como síndrome do segredo” (DOBKE, 2001 apud CEZAR, 2010, P.74).

Santos, Costa e Faleiros (2016) argumentam no sentido de que o Depoimento Especial permite, respeitadas as condições de desenvolvimento da vítima, que esta se posicione e que isso traz melhores resultados do que simplesmente oferecer-lhe um silêncio condescendente. Não se justifica, portanto, o argumento da não inquirição como forma adequada de proteção. É possível, segundo os autores, inclusive conter os efeitos da temida revitimização, conforme se vê:

Assim, como o Depoimento Especial, pode-se reduzir o dano do sofrimento, do estresse e da vergonha, pois a revitimização ocorre, não só pela repetição da fala da criança várias vezes, como na Delegacia, perante o Ministério Público (MP), o Juiz, o Setor Psicossocial, mas pela própria situação de inquirição e suspeita de mentir. A produção da verdade no âmbito do Judiciário é um processos de decorre do lugar e da ordem do discurso, conforme assina Foucault (1996). Para que se reduza o dano e o medo é necessário mudar as prática da Justiça e dos profissionais que nela atual, inclusive no setor Psicossocial”. (SANTOS, COSTA e FALEIROS, 2016. p. 48).

Igualmente contrário à tese de que a criança não deve ser ouvida, Cezar remonta o pensamento de Furniss ao afirmar categoricamente que “não se protege uma criança deixando de escutá-la” (2010, p.74).

Admite-se a ideia de utilizar profissionais para emitir laudos psicológicos que possam atestar a violência sofrida, em substituição à oitiva. A recusa em realizar a oitiva infantil sob pretexto de resguardá-la, porém, também pode causar prejuízos ao processo e ao acusado. A solução de utilizar profissionais habilitados para que estes levem a manifestação da criança ou do adolescente na forma de laudos técnicos, apesar de parecer razoável, encontra críticas contundentes. Tal situação, na visão de Cezar acarretaria em “supressão de um direito reconhecido em lei, pois não compete a qualquer pessoa substituir a palavra da criança” (CEZAR, p.75).

Continua o autor a fundamentar a sua crítica à ideia de substituir a oitiva pela produção de laudos, alegando o argumento de que quaisquer conclusões definidas sobre o caso estariam carregadas pela subjetividade e pelos preconceitos do atendente, ainda que especializado. Não é necessária muita complexidade lógica para perceber que se essa premissa é verdadeira, o processo restará comprometido.

Ademais, pode-se elencar que a utilização de laudos tende a comprometer o direito ao contraditório. Recorde-se que a lei 13.341/2017 assegura a possibilidade da defesa acompanhar a oitiva através de uma transmissão de vídeo e poderá formular seus questionamentos, que serão transmitidos ao intérprete especializado que conduzirá as perguntas à criança, de maneira adequada ao seu desenvolvimento. Contudo, a opção exclusiva pelos laudos técnicos em detrimento do procedimento da oitiva traz consequências danosas ao contraditório. Em regra, a realização da oitiva não se cerca de elementos que fundamentam os tipos de prova que podem ser produzidos sem a participação do dialética da defesa.

Sustenta-se, com base nesses pressupostos, que a prova não submetida ao contraditório, se não se enquadrar nas exceções previstas em lei, terá que ser apartada do processo por desobediência à garantias lastreadas pela Constituição da República. Em tese, a produção exclusiva de laudos técnicos para aferir a existência de fato delitivo, por mais altruísta que seja, pode levar a um desequilíbrio na paridade de armas que é um dos pilares do processo penal no ordenamento pátrio.

Além das objeções narradas, observa-se que não foi localizada nessa pesquisa a informação de um parâmetro médio de duração de tempo para que um laudo psicológico seja concluído, de forma que preocupa a questão de como se

operacionalizariam as ações cautelares caso um infante esteja sob risco constante de novos atos violentos contra si. Aguardar um laudo técnico pode não ser, em alguns casos, a melhor proteção possível que podemos oferecer às crianças.

Ao rejeitar a hipótese do trabalho exclusivo com laudos psicológicos para aferir a violência que crianças e adolescentes, sofrem, a corrente adepta do Depoimento Especial se baseia em algumas premissas. A primeira delas é que o trabalho de profissionais especializados é capaz de conter a revitimização com eficiência aceitável, e para isso precisam verdadeiramente ter conhecimento específico na área. A segunda é que se torna inviável avaliar um suposto delito contra um infante sem a oitiva judicial, pois tais crimes não costumam deixar provas suficientes para outro tipo de abordagem. A terceira é que o ato da criança falar traduz em si mesmo uma conquista de uma pessoa que até pouco tempo sequer era considerada como digna de algum tipo de proteção ou interesse por parte do mundo dos adultos.

#### 4. Considerações Finais

Existe uma série de motivos para que recuemos da ideia de levar uma criança ou adolescente vítima de violência para relatar o seu sofrimento em juízo. Podemos agravar a sua dor, assim como corremos o risco de não entender a sua mensagem.

Compreende-se que ouvir uma criança em tal situação com o objetivo de produzir provas de um ilícito penal é tarefa árdua. Por natureza, as crianças possuem características que dificultam a tomada e a valoração do depoimento. Em primeiro lugar, elas apresentam uma maneira sincrética, intuitiva de perceber o mundo, ao contrário do adulto que o faz de maneira analítica, racionalizada. Por consequência, é comum que em seu discurso alguns detalhes se percam. Por vezes nem mesmo se sentirão vítimas de condutas que não compreendem.

O trabalho com a fragilidade psíquica de pessoas em seu processo de maturação requer cuidados. Elas tenderão a preencher a falta de informações com dados imaginativos, caso se sintam forçadas a detalhar algum evento. Para os infantes, o processo de associação de ideias se mostra diferenciado do que ocorre com adultos. Por essa razão, é possível que o procedimento de reconhecer um agressor se mostre desastroso caso a criança se incline a associar o rosto de um suspeito à imagem de uma pessoa conhecida.

As crianças possuem uma restrição de linguagem que precisa ser perfeitamente adaptada pelo profissional. Por outro lado, podem as crianças intuïrem com facilidade a opinião de quem interroga e para se desvencilharem do desconforto, dirão algumas vezes aquilo que imaginam que o entrevistador quer ouvir. Não seriam, portanto, exemplos confiáveis de relatores de um crime e precisam necessariamente da participação de um intérprete especializado.

Entretanto, a solução de confiar a sorte do infante apenas às perícias psicológicas parece uma solução carente de razoabilidade e deixa muitas questões em aberto. Em quanto tempo poderia ser emitido um laudo que ateste o ocorrido com o infante? Como afastar o defensor da produção da prova, prejudicando a ampla defesa e o contraditório? Como proteger a criança diante do processo, sem uma antecipação da produção de provas quando necessário para afastá-la do perigo que pode estar no seu círculo familiar?

A exclusão do depoimento especial parece tentar resolver de imediato um problema estrutural da inquirição, que é a provocação de dano. É correto pensar em se lastrear na doutrina da proteção integral e nas boas intenções de tratar a questão da criança com absoluta prioridade, como assevera o art. 227 de nossa Lei Maior. Contudo, esperar por um laudo psicológico e trabalhar com estudos sociais nem sempre será a forma mais eficaz de tratar a integridade de uma criança com absoluta prioridade.

Abandonar de forma radical o Depoimento Especial parece trabalhar na contramão das conquistas realizadas pelo reiterado reconhecimento da dignidade humana das pessoas de faixa etária reduzida. A voz do infante tem importância não apenas na busca da punição, mas também como função protetiva. Não se vislumbra resultados expressivos trabalhando apenas com provas insuficientes e olhar pusilânime para o silêncio dos ofendidos.

Não se mostra razoável defender a exclusão do depoimento especial sem realizar o esforço de compatibilizar as correntes. Determina o art. 201 do Código de Processo Penal que o ofendido prestará seus esclarecimentos, sempre que for possível. Isso significa dizer que, quando houver risco de dano extremo, a oitiva claramente não será possível e, portanto, estará dispensada. Assim, a criança ofendida poderá ser atendida por outras opções de acolhimento multidisciplinar, incluindo-se a produção de laudos técnicos.

O depoimento especial se apresenta como uma forma racional de tentar equilibrar os pratos das garantias processuais, do réu e da vítima, sem abandonar os objetivos da lei penal, que é prevenir novos crimes e retirar temporariamente de circulação a pessoa que atenta contra os direitos mais caros de alguém. Reforça-se a ideia de que o Depoimento Especial não joga sobre os ombros do vulnerável a obrigatoriedade de produzir uma prova, mas ajuda o indivíduo a ser compreendido e, conseqüentemente, a protegê-lo.

Entendemos que a Lei 13.341 de 2017 é um louvável esforço legislativo, que prioriza a proteção da criança e do adolescente seguindo a tendência da evolução legislativa de conferir novos direitos aos grupos sociais considerados como vulneráveis. Contudo, espera-se que esse conceito não esbarre nas idiosincrasias de nossa pátria que teimam em tornar nossas normas quase sempre tão ineficazes.

## Referências Bibliográficas

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A inquirição da violência sexual infrafamiliar à luz do superior interesse da criança.** In: Luciane Potter (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de processo penal anotado.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos.** Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266)>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº. 99710/90.** Promulga a convenção sobre os direitos da criança de 20 de novembro de 1989 Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Decreto no 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)> Acesso em 17 de jan de 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto Nº. 678/92**. Promulga a convenção interamericana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969 Brasília: Presidência da República, 1992.

BRASIL. Conselho Federal de Serviço Social. **Resolução n. 554/2009** 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. Disponível em: <[http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao\\_CFESS\\_554.pdf](http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554.pdf)>. Acesso em 02 jan 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução n.010/2010**, de 29 de junho de 2010. Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Disponível em <[http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010\\_010.pdf](http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_010.pdf)> Acesso em: 13 dez 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp: 1346774 SC 2012/0205482-3**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 18/12/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2013)

CEZAR, José Antônio Daltoé. **A escuta de crianças e adolescentes em juízo**. Uma questão legal ou um exercício de direitos? In: Potter, L; BITENCOURT, C. R. (Org.). Depoimento sem dano: por uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.71-86.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.Htm>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Depoimento sem dano, proteção integral e serviço social**: refletindo sobre a (im)propriedade da exposição da criança e do adolescente e uso do intérprete. In: BITENCOURT, Luciane Potter (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p.177-209.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLITT, André Luiz. **Manual do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, Patrícia P. de O. C. **A proteção da vítima de crimes sexuais, em especial crianças, na perspectiva de direitos humanos**. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 145-162.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Prefácio**. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos? 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 12-13.

SANTOS, Benedito; COSTA, Liana Fortunato; FALEIROS, Vicente. **Depoimento especial**: relação entre implicações psicossociais e jurídicas. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TABAJASKI, Betina; PAIVA, Cláudia Victolla; e VISNIESVKI, Vanea Maria.  
**Um novo olhar sobre o testemunho infantil.** In: BITENCOURT, Luciane  
Potter (Org.). Depoimento Sem Dano: uma política de redução de danos. Rio  
de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 57-70.