

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI 13.431/17 – ESCUTA ESPECIALIZADA E DEPOIMENTO ESPECIAL DE
CRIANÇAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA: DEPOIMENTO
SEM DANO OU REVITIMIZAÇÃO?**

Giovanna Matias De Souza Trevisan

**PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2019**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI 13.431/17 – ESCUTA ESPECIALIZADA E DEPOIMENTO ESPECIAL DE
CRIANÇAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA: DEPOIMENTO
SEM DANO OU REVITIMIZAÇÃO?**

Giovanna Matias De Souza Trevisan

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof^o Cláudio José Palma Sanchez.

**PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2019**

**LEI 13.431/17 – ESCUTA ESPECIALIZADA E DEPOIMENTO ESPECIAL DE
CRIANÇAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA: DEPOIMENTO
SEM DANO OU REVITIMIZAÇÃO?**

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Examinador 1: Rodrigo Lemos Arteiro

Examinador 2: Fernanda de Matos Lima Madrid

PRESIDENTE PRUDENTE, 17 de Junho de 2019.

A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos.

Barão de Montesquieu

Dedico este trabalho aos meus filhos João Pedro e Lívia, por tudo que significam em minha vida, a quem amo incondicionalmente e anseio por um mundo de mais amor, respeito e direitos a todas as crianças e adolescentes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva da vida, pela saúde, pela oportunidade de cursar uma segunda graduação e pela disposição para enfrentar uma tripla jornada.

À minha família, em especial meu esposo Giuliano e meus filhos João Pedro e Lívia pelo apoio, compreensão e encorajamento. A família é meu refúgio quando as dificuldades surgem e me impulsionam a nunca desistir. Mais do que isso, são a razão do meu viver, meu alicerce, minha motivação e aqueles que me fazem enxergar que o aprendizado é inesgotável e infinito.

Carinhosamente, aos meus pais, irmãs e sobrinhos, demais familiares e amigos que, além de apoio, souberem compreender, sem questionar, a minha ausência devido aos estudos.

Em especial, à minha irmã Fabianna que é minha inspiração e tem traçado uma linda trajetória no Direito.

Agradeço também ao professor Rodrigo Lemos Arteiro pelas primeiras orientações da minha pesquisa e pela indicação de obras primorosas da literatura jurídica.

Minha profunda gratidão ao meu orientador professor Claudio José Palma Sanchez pela presteza, dedicação, paciência e por compartilhar sua experiência profissional.

Meus sinceros agradecimentos aos professores que prontamente atenderam ao convite para compor a banca examinadora deste trabalho.

Outrossim, sem me esquecer das minhas amigas, que durante estes cinco anos tornaram a caminhada mais leve e agradável. Obrigada pela amizade sincera e tantos momentos de felicidade.

Giovanna Matias de Souza Trevisan

RESUMO

O presente trabalho apresenta um panorama sobre a Lei 13.431/2017, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Escuta Especializada e Depoimento Especial de crianças vítimas ou testemunhas de violência. A legislação, que entrou em vigor em abril de 2018, promove a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), bem como a previsão de mecanismos mais humanizados para preservação da vida, segurança e dignidade da criança e do adolescente, resguardando-os de todas as formas de violência – inclusive a violência institucional, praticada pelo Estado e que pode acarretar a vitimização secundária.

Palavras-chave: Escuta Especializada. Depoimento Especial. Depoimento sem Dano. Violência contra criança e adolescente. Direito da Criança e Adolescente. Revitimização

ABSTRACT

This research presents an overview of Law 13.431/2017, which introduced in Brazilian legal system Special Listening and Special Testimony of children victims and witness of crimes and violence. The legislation has been effective since April 2018 promotes the amendment of the Statute of Child and Adolescent (Law 8069/1990), as well as the provision of more humane mechanisms to preserve the life, safety and dignity of the children and teenagers, of all the forms of violence – including institutional violence, practiced by the State and which may lead to secondary victimization.

Keywords: Special Listening. Special Testimony. Testimony without Damage. Violence against Children. Children and Adolescent Rights. Secondary Victimization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A LEI 13.431/2017	12
2.1 Projeto de Lei.....	13
2.2 Depoimento sem dano.....	14
3 ESBOÇO HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA	18
4 ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE	22
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	29
5.1 Distinção entre normas, princípios e postulados	31
5.2 Artigo 227 da Constituição Federal: norma de eficácia limitada.....	36
5.3 Princípio da Proteção Integral.....	38
5.4 Princípio do Melhor Interesse do Menor.....	40
5.5 Princípio da Prioridade Absoluta.....	41
6 TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: TRATADOS INTERNACIONAIS	43
7 PROCEDIMENTOS PREVISTOS PELA NOVA LEI	49
7.1 Decreto 9.603/2018 que regulamenta a Lei 13.341/2017.....	65
8 DIREITO COMPARADO	71
9 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O ACUSADO	80
10 ASPECTOS PSICOLÓGICOS	83
11 NOVO TIPO PENAL	87
12 CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	90

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Ordenamentos das UF segundo participação das faixas etárias de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) nos atendimentos por violência.....25

TABELA 2 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violência segundo sexo e faixa etária das vítimas.....25

TABELA 3 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violências segundo local de ocorrência e faixa etária das vítimas.....26

TABELA 4 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violências segundo tipo de violência e faixa etária das vítimas....26

TABELA 5 – Números e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violência segundo relação com o agressor e faixa etária das vítimas.....27

1 INTRODUÇÃO

A lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017 foi sancionada com o objetivo de regulamentar a oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, inibir a prática de violência institucional que poderia acarretar a revitimização, além de favorecer a efetivação do artigo 227, caput, da Constituição Federal.

As inovações trazidas por tal diploma instituíram mecanismos mais eficazes para que o Poder Público pudesse atuar nos casos em que a criança figure ora como vítima, ora como testemunha de situações de violência.

O surgimento desse dispositivo fez com que intensos debates, não só no âmbito do direito fossem provocados. Desta forma, emergiu a necessidade de análise e discussão dos aspectos técnicos da lei para que todas as dúvidas pudessem ser esclarecidas e a sua efetivação pudesse ser ainda mais presente.

Neste trabalho, buscamos explicar alguns pontos relevantes da lei e seus antecedentes para contribuição para os estudos.

Primeiramente, foram expostos breves aspectos da lei, sua concepção, seus objetivos e procedimentos, bem como a superação do conhecido depoimento sem dano, fruto de uma construção do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, em 2003.

Em seguida, o objeto de trabalho foi o projeto de lei inicialmente chamado de Escuta Protegida (PL 7524/2006), redigido pela Deputada Federal Maria do Rosário – uma abordagem mais profunda sobre o depoimento sem dano, existente no sul do país, até então.

Isto posto, foi necessário realizar uma exposição sobre a violência e maus tratos na infância e adolescência trazendo uma retrospectiva histórica da violência desde a Bíblia Sagrada, Grécia Antiga, Idade Média, Feudalismo e assim sucessivamente até os dias atuais.

Ao delimitar esses aspectos sobre a violência, apresentamos alguns dados estatísticos sobre a violência no Brasil, a fim de demonstrar a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional específica, objeto deste trabalho.

A efetivação da Lei 13.431/17 está em consonância com a garantia de princípios constitucionais expostos no presente trabalho, sem antes demonstrar a diferença entre princípios, regras e postulados normativos, para que possamos tratar

da eficácia do art. 227 da Constituição Federal e os princípios neste dispositivo contido, quais sejam a Proteção Integral, Melhor Interesse do Menor e o da Prioridade Absoluta.

Em seguida, apresentamos a tutela jurídica de proteção às crianças nos tratados internacionais como a Convenção de Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1959 e 1989, respectivamente.

Sendo um dos capítulos mais importantes, descrevemos então, os procedimentos previstos pela nova lei, a forma da escuta especializada e seus desdobramentos.

Foi necessário ainda descrever, mesmo que brevemente, a forma como alguns países tutelam o procedimento de escuta especializada a título de Direito Comparado.

Outro ponto abordado, também de suma importância, são os princípios fundamentais para o acusado, demonstrando que a lei não afronta os institutos constitucionalmente previstos em defesa do sujeito passivo.

Os aspectos psicológicos também foram abordados para que possamos compreender a importância da especialização e da atuação de equipe multidisciplinar para a aplicabilidade da lei.

Por fim, discute-se o novo tipo penal existente trazido pela novel legislação, bem como os sujeitos passivos e ativos e a tutela prevista pelo legislador.

Valendo-se do método dedutivo, buscamos nesta pesquisa contribuir para o debate do referido diploma recém-nascido em nosso ordenamento, a fim de auxiliar na materialização da preservação da dignidade, integridade física, psíquica e moral de nossas crianças e adolescentes.

2 A LEI 13.431/2017

Em 05 de Abril de 2018, após *vacatio legis* de um ano, entrou em vigor a Lei 13.431/2017, que inseriu um novo procedimento para inquirição de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

A novel legislação e as mudanças na instrução processual das vítimas e testemunhas estão em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal (Brasil, 1988), no que tange ao dever Estado e da sociedade em proteger e assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim como a Constituição do Brasil, no plano internacional, a Lei 13.431/17 também está em conformidade com o artigo 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança, trazido ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 28 de 14 de setembro de 1990:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

A nova lei objetiva adequar o ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional conferida à temática, já que reafirma o compromisso de 196 países – assinado durante a Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 – quando adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança com o dispositivo de direitos humanos mais aceito na história.

Com evidência, a Lei 13.431/17 altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e prevê mecanismos para preservação da vida, segurança e dignidade da criança e adolescente, resguardando-os de todas as formas de violência – inclusive a violência institucional, praticada pelo Estado e que pode acarretar a vitimização secundária.

A Lei 13.431/17 traz novidades na oitiva das crianças e jovens, por meio da escuta especializada e do depoimento especial. Em um depoimento tradicional, vítima e réu se encontrariam, o juiz realizaria perguntas diretas e objetivas, a criança presenciaria todo o debate sobre os fatos e ainda seria levada a repetir seu depoimento e sua versão por diversas vezes, o que, possivelmente a faria reviver um momento doloroso e a tornaria vítima pela segunda vez.

A nova lei propõe um modelo mais humanizado e menos constrangedor, sendo mais propício para a busca da verdade, pois a vítima é entrevistada e ouvida por profissional não pertencente à área jurídica – normalmente psicólogo ou assistente social.

A oitiva é realizada em um ambiente separado, sem a presença do réu, do Magistrado, do Ministério Público, do Advogado/ Defensor e de serventuários da Justiça. Estes acompanham o depoimento da vítima por intermédio de equipamentos audiovisuais, em tempo real, sem que ela saiba que está sendo assistida. A criança fala livremente e uma única vez, sem precisar repetir durante a fase processual, a violência por ela sofrida ou testemunhada.

Apesar de a legislação ser recente, na prática, já era adotada em outros Juízos, sendo denominada de “Depoimento sem Dano”. O Depoimento Sem Dano (DSD) é uma construção do Judiciário do Rio Grande do Sul, desde 2003, por iniciativa do desembargador José Antônio Daltoé César, na época juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre – RS.

O Depoimento sem Dano passou a ser adotado em Tribunais de todo o País, inclusive ratificado pela Jurisprudência, levando à edição da Recomendação nº 33 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Brasil não possuía legislação específica até que a Lei 13.341/17 fosse sancionada e entrasse em vigor há pouco mais de um ano.

2.1 Projeto de Lei

O Projeto de Lei, inicialmente chamado de Escuta Protegida (PL 7.524/2006), foi redigido pela Deputada Federal Maria do Rosário (PT/RS), juntamente com outros dez parlamentares e representantes da Justiça, com o intuito de criar um sistema de garantias às crianças e adolescentes vítimas de violência e, conseqüentemente, evitar a revitimização. A ideia seria propor um modelo

alternativo e menos prejudicial ao que já vinha sendo realizado. No modelo tradicional as vítimas ou testemunhas necessitavam narrar os fatos diversas vezes para as autoridades policiais e judiciais, eram constrangidas, muitas vezes coagidas, sofriam pressões ou necessitavam manter contato com o agressor durante o depoimento.

2.2 Depoimento Sem Dano

A iniciativa do projeto partiu do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul José Antônio Daltoé César – na época juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre – RS, que junto com outros colegas juízes, promotores de justiça e os psicanalistas Mário Fleig e Conceição Beltrão passaram a se reunir quinzenalmente para discutir temas recorrentes na jurisdição – entre eles a inquirição de crianças vítimas de abuso sexual.

A motivação para o projeto de lei nasceu diante da necessidade de um atendimento mais confortável e humanizado para as vítimas de um trauma tão doloroso na infância. E ainda, criar um sistema mais eficiente para a produção de provas judiciais e evitar que os agressores ficassem impunes.

Com efeito, o juiz José Antônio Daltoé Cezar justifica (2007, p.59):

Percebi também, que embora houvesse um maior esforço para que as inquirições em Juízo se procedessem com mais tranquilidade para as vítimas, assim como com regularidade processual para os acusados, na maior parte dos casos, ante a inapropriação dos meios físicos e humanos utilizados pela justiça criminal, as informações prestadas na fase policial não se confirmavam em Juízo. Isso criava situações de constrangimento e desconforto para todos os que participavam das solenidades, principalmente para as crianças e os adolescentes apontados como abusados. Dessa forma, as ações terminavam, na sua maior parte, sendo julgadas improcedentes, com base na insuficiência de provas.

Resta evidente que reestabelecer o contato entre a vítima e seu agressor, além de reviver o sofrimento para a criança, compromete a produção probatória.

A ideia começou a ganhar novos contornos quando o magistrado, conhecedor do problema, mas sem ideia de como combatê-lo, assistiu ao filme norte americano “Atos Inqualificáveis” (*Unspeakable Acts*), apresentado na palestra ministrada pela Perita do TJRS Miriam de Santis no I Congresso dos Juízes da Infância e Juventude, em dezembro de 2002, em Bento Gonçalves. O filme, baseado

em uma história real, narra a atuação de dois respeitados terapeutas especializados no tratamento de crianças traumatizadas, que são convocados para colaborar com a investigação de abusos sexuais contra crianças, praticados por um diretor e sua assistente em uma escola na Flórida.

Entretanto, o juiz só conseguiu vislumbrar a possibilidade de implantação no Brasil com a garantia à ampla defesa e ao contraditório do acusado após a leitura da obra *Abuso Sexual: a inquirição das crianças*, uma abordagem interdisciplinar, da promotora de justiça Veleda Dobke.

A autora havia sugerido que a inquirição da vítima fosse realizada por profissional habilitado através do uso da Câmara de Gesell – um ambiente fechado e separado de outro por um vidro espelhado de um dos lados para permitir a observação de pessoas. Este modelo foi concebido pelo psicólogo e pediatra americano Arnold Gesell para observar o comportamento de crianças sem que essas se sentissem acuadas com a presença de estranhos.

Como as instalações dos prédios do Poder Judiciário não comportavam a aparelhagem de uma Câmara de *Gesell* optou-se pela criação do projeto-piloto do Foro Central de Porto Alegre – com uma pequena sala interligada à sala de audiências da 2ª Vara da Infância e Juventude – acoplada com equipamentos audiovisuais para transmissão em tempo real do depoimento da vítima.

Segundo o juiz, o objetivo do projeto é reduzir o dano da revitimização, resguardar o direito da criança de ser ouvida e valorizada, respeitar a condição da pessoa em desenvolvimento, além de melhorar a produção da prova produzida. Neste sentido:

Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, o Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da Justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento. Assim, é possível realizar estes depoimentos de forma mais tranquila e profissional em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos previamente preparados para tal tarefa, evitando dessa forma, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente. (CEZAR, 2003, p. 61):

Insta salientar que a gravação na íntegra é degravada e juntada aos autos, possibilitando às partes consultá-las sempre que necessário, inclusive pelos julgadores em grau recursal.

Assim nasceu o projeto “Depoimento sem Dano”, inicialmente implantado com equipamentos simples, ao custo de quatro mil reais, pagos com recursos próprios do Juiz José Antônio Daltoé Cezar, do Promotor de Justiça João Barcelos de Souza Junior e recursos da Vara da Direção do Foro, autorizados pelo diretor Rinez Trindade.

Somente em 2004 é que foi institucionalizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a compra de equipamentos mais modernos, garantindo alta qualidade de som e imagem.

Anos depois, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 33 de 23 de Novembro de 2010:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e;
 CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu artigo 227, impõe aos Poderes Públicos o dever de assegurar os direitos da criança e do adolescente com prioridade absoluta sobre os demais;
 CONSIDERANDO que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 12, assegura à criança e ao adolescente o direito de serem ouvidos em todo processo judicial que possa afetar seu interesse;
 CONSIDERANDO que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu artigo 28, § 1º e 100, parágrafo único, inciso XII, assegura à criança e ao adolescente o direito de terem sua opinião devidamente considerada e de serem previamente ouvidos por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida;
 CONSIDERANDO a necessidade de se viabilizar a produção de provas testemunhais de maior confiabilidade e qualidade nas ações penais, bem como de identificar os casos de síndrome da alienação parental e outras questões de complexa apuração nos processos inerentes à dinâmica familiar, especialmente no âmbito forense;
 CONSIDERANDO que ao mesmo tempo em que se faz necessária a busca da verdade e a responsabilização do agressor – deve o sistema de justiça preservar a criança e o adolescente, quer tenha sido vítima ou testemunha da violência, dada a natural dificuldade para expressar de forma clara os fatos ocorridos;
 CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça em sua 116ª Sessão Ordinária, realizada em 9 de novembro de 2010, no julgamento do ATO nº 00006060-67.2010.2.00.0000,

RESOLVE:

RECOMENDAR aos tribunais:

I – a implantação de sistema de depoimento vídeogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;

a) os sistemas de vídeogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;

b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

II – os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.

III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do conseqüente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

IV – os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

V – devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial.

Publique-se e encaminhe-se cópia desta recomendação aos Tribunais de Justiça dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios.

Como se vê, em obediência aos mandamentos constitucionais, tratados internacionais e legislação infraconstitucional, o dispositivo versa sobre a recomendação aos tribunais para que adotem o Depoimento Especial, através da instalação de salas e criação de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes que tenham sido vítimas ou testemunhas de violência. O intuito é resguardar os direitos destes e tornar menos traumática a escuta durante os processos judiciais.

3 ESBOÇO HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

A violência contra a criança remonta desde os primórdios. A pretensão deste capítulo do trabalho é apresentar um recorte da situação de violência e maus tratos contra as crianças e o quanto elas foram ultrajadas em sua dignidade ao longo dos anos da História da humanidade.

A Bíblia Sagrada, por ocasião do nascimento de Moisés, relata que os hebreus, que se autodenominavam filhos de Israel, tornaram-se numerosos no Egito. Um novo rei, temendo que os israelitas se tornassem demasiadamente poderosos, os condenou a trabalhos escravos e ordenou que todos os filhos recém-nascidos do sexo masculino fossem lançados ao rio Nilo. Uma mulher israelita teve um filho e para salvá-lo o acomodou em um cesto de junco que havia sido lançado no rio. O bebê foi encontrado pela filha do faraó, que o levou para o palácio e o batizou com o nome Moisés, cujo significado é “retirado das águas”. O trecho encontra-se no livro Êxodo, da Bíblia Sagrada:

“Quando assistirdes as mulheres dos hebreus, e as virdes sobre o leito, se for um filho, matai-o: mas se for uma filha, deixai-a viver. Mas as parteiras temiam a Deus, e não executaram as ordens do rei do Egito, deixando viver os meninos. O rei mandou-as chamar então e disse-lhes: “Por que agistes assim e deixastes viver os meninos?”. Porque – responderam elas ao faraó – as mulheres dos hebreus não são como as dos egípcios: elas são vigorosas e já dão à luz antes que chegue a parteira”. [...] Então o faraó deu esta ordem a todo o seu povo: “Todo menino que nascer, vós o atirarei ao Nilo. Deixarei, porém, viver todas as meninas”. (A BÍBLIA, ÊXODO, capítulo 1, versículo 16 a 22):

Desde a Grécia Antiga, crianças filhas de escravos e provenientes de famílias pobres sequer eram reconhecidas como cidadãs na pólis Atenas.

Em Esparta, era costume sacrificar crianças que nascessem com algum tipo de deficiência física ou mental, pois aos sete anos, apenas as saudáveis eram entregues ao Estado para que fossem treinadas a se tornarem bons soldados e servir o Exército Espartano.

Na Idade Média, a criança não era diferenciada do adulto. O historiador francês Phillipe Ariès, estudioso do tema desde o século XII até a Idade Moderna, reconheceu a ausência do sentimento de infância e a desvalorização da criança na Idade Média, pois ela era considerada um “adulto de dimensões reduzidas”.

Dadas às elevadas taxas de mortalidade na época, os pais tinham muitos filhos para garantir que pelo menos alguns sobrevivessem.

E, a criança, quando indesejada por motivos diversos, era facilmente eliminada. Prática, que infelizmente, ainda hoje é mantida, a exemplo de alguns países como Índia e China que legitimam o infanticídio de meninas.

Na época Medieval, a Igreja Católica foi responsável pela escalação de milhares de crianças para uma cruzada cujo objetivo era tomar Jerusalém. Muitas delas foram escravizadas, mutiladas, assassinadas ou morreram de fome.

No Feudalismo, os menores exerciam papel produtivo direto, pois faziam trabalhos braçais como os adultos nas glebas.

E a situação não era menos gravosa durante o século XVIII até culminar a Primeira Revolução Industrial. A exploração do trabalho infantil era prática comum nas fábricas, uma vez que os braços finos das crianças eram perfeitos para alcançar e consertar engrenagens quebradas dos maquinários. As jornadas de trabalho eram longas e exaustivas e a remuneração paga era inferior a dos adultos. Foram crianças privadas de desfrutar da infância, de brincar ou de frequentar a escola. Muitas tiveram membros mutilados e sem qualquer assistência de saúde.

Infelizmente, o cenário brasileiro não se distinguiu muito do restante do mundo. Desde o descobrimento do Brasil em 1500 até estabelecimento dos portugueses durante o período colonial que perdurou até 1822, nosso território foi palco de inúmeras atrocidades cometidas contra crianças e jovens. O processo de civilização entre nativos e lusitanos foi conflituoso, culminando com a morte de milhares de crianças indígenas, sacrificadas juntamente com seus pais.

Os portugueses não foram muito bem sucedidos ao escravizar os indígenas, portanto, na primeira metade do século XVI começaram a trazer os primeiros negros da África. Estima-se que mais de quatro milhões de pessoas negras, sendo homens, mulheres, crianças e idosos, foram trazidos compulsoriamente ao Brasil para servir de mão de obra escrava no cultivo de cana de açúcar. Crianças e jovens não foram poupados, e juntamente com seus familiares adultos foram subjugados e submetidos a castigos corporais, discriminação, tortura, violência sexual, separação de seus genitores e violência psicológica por três séculos de escravidão.

Em 28 de setembro de 1871 foi promulgada a Lei do Ventre Livre, considerando livres todos os filhos de mulheres escravas nascidos a partir da vigência da referida lei. Contudo, como seus pais (ou ao menos a mãe conhecida) continuavam escravos, a lei previa duas hipóteses a estas crianças ou adolescentes: ou deveriam permanecer aos cuidados de seus senhores até os seus 21 anos; ou deveriam ser entregues aos cuidados do governo. Notoriamente, na prática a lei quase não surtiu efeitos positivos; Prado (2004, p. 179), afirma: “Não resultou assim, em última análise, senão numa diversão, uma manobra em grande estilo que bloqueou muito mais que favoreceu a evolução do problema escravista no Brasil”.

Anos mais tarde, já sob o advento da Revolução Industrial, e não diferente do restante do mundo, a mão de obra infantil e adolescente foi utilizada em larga escala. E no Brasil, principalmente nas indústrias têxteis, o cenário era semelhante à conjuntura europeia. Irma Rizzini (2007, p. 377), professora e autora de algumas obras sobre a história do trabalho infantil no Brasil, afirma:

Levantamentos estatísticos realizados pelo Departamento Estadual de Trabalho de São Paulo a partir de 1894 demonstraram que a indústria têxtil foi a que mais recorreu ao trabalho de menores e mulheres no processo de industrialização do país. Em 1894, 25% do operariado proveniente de quatro estabelecimentos têxteis da capital eram compostos por menores. Em 1912, 9.216 empregados em estabelecimentos têxteis na cidade de São Paulo, 371 tinha menos de 12 anos e 2.564 tinham de 12 a 16 anos. Operários de 16 a 18 anos eram contabilizados como adultos.

Com condições de trabalho insalubres, muitas vezes com jornadas exorbitantes, crianças e adolescentes eram obrigados a trabalhar em tempo integral para colaborar com o sustento da família.

Em outro período bastante sombrio de nossa história marcado pelos “Anos de Chumbo”, é incalculável a quantidade crianças e adolescentes que foram levadas aos porões da tortura, sofreram ou foram testemunhas oculares de todos os tipos de violências durante a Ditadura Militar.

Mais de 34 anos depois, ainda hoje, podemos acompanhar relatos de pessoas que durante a infância viram seus pais serem torturados ou mortos a mando do regime militar. E cujas marcas psicológicas costumam a desaparecer.

Da década de oitenta até os dias atuais o Brasil vive um período democrático. Entretanto, ainda que o Estado Democrático de Direito seja alicerçado

pelo respeito e garantia à dignidade da pessoa humana, é incapaz de reprimir ou reduzir a violência contra a criança e adolescente.

Mesmo com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, a violência contra a criança e adolescente faz parte do cotidiano. E o acesso à informação, facilitado principalmente pela internet, escancara nos telejornais, nas redes sociais e na mídia impressa todas as formas de violência sofridas por eles, quais sejam maus tratos, violência física, tortura psicológica, discriminação, abusos sexuais e até morte.

4 ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E ADOLESCENTE

A proteção à criança e ao adolescente é presente e efetiva na maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, base essencial para o pensamento contemporâneo do direito, fruto de uma intensa preocupação com os semelhantes, prevê, em seu artigo 3º que (ONU, 1948):

todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal generalizando o cuidado e garantias a todos os seres humanos. Nessa mesma linha, reafirma ainda, em seu art. 5º: “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Contudo, a Declaração de Direitos Humanos nem sempre é vista como Universal e apenas destinada às pessoas condenadas judicialmente. Logo, em 1959 a Assembleia das Nações Unidas estabelece a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil.

A Declaração estabelece princípios a serem seguidos para a garantia de uma vida digna às crianças por todo o mundo. Em seu 6º princípio a declaração descreve: (ONU, 1959)

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

É nítida a preocupação em diversos aspectos parametrizados neste princípio, desde o desenvolvimento completo da criança à manutenção de um ambiente saudável e seguro.

Ainda nesta linha de proteção, a Constituição Federal além de seus princípios muito bem explanados em seus primeiros artigos, assecuratórios de um conjunto de direitos ao cidadão, estabelece no artigo 227 (BRASIL, 1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – considerado um dos dispositivos mais avançados do mundo, prevê um tratamento especial conforme estipulado em seu quarto artigo: (BRASIL, 1990):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Insta salientar que há uma gama de dispositivos e conjunto de garantias e proteção às crianças e adolescentes, inclusive com normas e resoluções sendo diariamente editadas a fim da efetivação desses direitos.

Contudo, nem mesmo com a infinidade de dispositivos protecionistas no âmbito mundial e nacional, são suficientes para impedir as graves violações de direitos de infantes e jovens, sobretudo em tempos de guerra.

É impossível, mesmo com toda a tecnologia existente, realizar um levantamento fiel de toda violência no país, uma vez que a maior parte das ocorrências sequer é registrada ou ocorre de forma extremamente velada, compondo as cifras negras criminais.

Por este motivo, apresentaremos breves aspectos e análises do quadro de violência à criança e ao adolescente no país a fim de demonstrar que, apesar dos mais diversos dispositivos, ainda enfrentamos números preocupantes.

Contudo, é de suma importância que, primeiramente, possamos entender quais são os tipos de violência as quais estes menores são submetidos.

A predominância no atendimento hospitalar em todo o Brasil são ocorrências decorrentes da violência doméstica ou intrafamiliar. Conforme a conceituação de Guerra e Azevedo (1998, p. 32):

A violência doméstica representa todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima implica, de um lado, uma transgressão do poder/ dever de proteção do adulto e, de outro,

uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Esse tipo de violência tem incidência desde os níveis moderados até mais graves e está presente no seio familiar de diferentes contextos culturais e socioeconômicos. Isto quer dizer que independe de raça, credo, sexo e forma de família.

Médico e estudioso da infância, Farinatti (1992, p. 684) classifica a violência doméstica ou intrafamiliar da seguinte maneira:

- Maus tratos físicos – exteriorizados por lesões;
- Maus tratos psicológicos – atingindo o emocional da criança;
- Abuso sexual – uso da criança para a satisfação dos desejos sexuais de um adulto;
- Negligência – atos de omissão de proteção a criança contra problemas evitáveis;
- Síndrome de Muchhausen por procuração – no qual o adulto leva a criança a múltiplas investigações danosas à criança por simples invenção.

Com esses dados, é possível analisar o Mapa da Violência das Crianças e Adolescentes no Brasil, publicado em 2012, sendo este o mais recente.

O mapa expõe a realidade de 5.565 municípios por todo o país, nas 27 unidades da federação, incluindo suas capitais. Segundo o coordenador da pesquisa, Julio Jacobo Waiselfisz (2012, p. 62), a pesquisa foi realizada:

A partir dos dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN - do Ministério da Saúde. A notificação da Violência Doméstica, Sexual e/ou outras Violências foi implantada no SINAN em 2009, devendo ser realizada de forma universal, contínua e compulsória nas situações de violências envolvendo crianças, adolescentes, mulheres e idosos, atendendo às Leis 8.069 – Estatuto da Criança e Adolescente, 10.741 – Estatuto do Idoso e 10.778 – Notificação de Violência contra a Mulher. Essa notificação é realizada pelo gestor de saúde do SUS mediante o preenchimento de uma Ficha de Notificação específica, diante de suspeita de ocorrência de situação de violência.

Vale ressaltar que esses dados demonstravam apenas a ponta de um gigantesco *iceberg*, pois como já havíamos dito, centenas de casos de violência são velados ou não são notificados a órgãos públicos competentes.

Entre os dados reunidos, encontram-se os índices dos Estados mais violentos, a faixa etária mais acometida, perfil do agressor e o local da violência, os quais passaremos a analisar a seguir:

TABELA 1 – Ordenamentos das UF segundo participação das faixas etárias de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) nos atendimentos por violência.

UF	< 1	UF	1-4	UF	5-9	UF	10-14	UF	15-19	UF	<1-19
PR	6,8	SE	13,3	SE	18,5	SE	40,5	AP	37,6	SE	86,0
RJ	6,5	PI	10,3	PA	17,6	AC	39,2	AL	33,0	PA	67,5
MS	5,8	PA	9,5	MA	11,9	PA	25,3	BA	24,8	AC	67,0
DF	5,2	DF	9,1	AM	10,1	MA	22,8	RR	19,5	MA	62,1
AM	4,9	MS	9,1	MT	9,4	AM	19,0	CE	19,5	AP	59,1

Fonte: SINAN/SVS/MS

Nota-se que, em um contexto geral das crianças e adolescentes entre zero e 19 anos, o Estado do Sergipe lidera, tendo 86% dos seus casos de violência atendidos pelo SUS, seguido do Pará com 67,5% de seus atendimentos e o Acre, com 67% dos casos totais.

TABELA 2 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violência segundo sexo e faixa etária das vítimas.

Sexo	Faixa etária (anos)											
	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total
Masculino	1.543	2.569	2.609	3.260	5.577	15.558	48,2	45,2	45,9	32,1	38,5	39,7
Feminino	1.658	3.113	3.076	6.895	8.922	23.664	51,8	54,8	54,1	67,9	61,5	60,3
Total	3.201	5.682	5.685	10.155	14.499	39.222	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SINAN/SVS/MS

É evidente que a incidência de violência sofrida pelas crianças do sexo feminino representa quase o dobro em relação ao sexo oposto. Nota-se também, que essa violência se acentua ainda mais entre os 15 e 19 anos de idade, sendo 67,9% dos casos atendidos em todo o Brasil.

TABELA 3 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violências segundo local de ocorrência e faixa etária das vítimas.

Local de ocorrência	Faixa etária (anos)											
	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total
Residência	1.812	3.884	3.787	5.567	5.991	21.041	67,0	78,1	74,0	62,7	51,4	63,1
Escola	29	140	325	696	373	1.563	1,1	2,8	6,3	7,8	3,2	4,7
Bar	27	10	19	116	458	630	1,0	0,2	0,4	1,3	3,9	1,9
Via pública	207	241	442	1518	3629	6.037	7,7	4,8	8,6	17,1	31,2	18,1
Outros	630	701	547	984	1194	4.056	23,3	14,1	10,7	11,1	10,3	12,2
Total	2.705	4.976	5.120	8.881	11.645	33.327	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SINAN/SVS/MS

As conclusões que podemos apresentar a partir deste estudo são relevantes. O local de maior incidência de violência, independentemente da idade (que varia entre zero e 19 anos) ocorre na residência da vítima.

Além disto, o segundo local onde mais se registram ocorrências é no ambiente escolar.

Sem muito esforço, infelizmente, é possível constatar que os locais que deveriam proporcionar segurança e acolhimento às crianças e adolescentes são os lugares em que eles se encontram mais vulneráveis e expostos à violência.

O Mapa da Violência categoriza os tipos de violência e a incidência de acordo com a faixa etária do menor.

TABELA 4 – Número e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violências segundo tipo de violência e faixa etária das vítimas.

Tipo de Violência	Faixa etária (anos)											
	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total
Física	1.114	1.549	2.258	5.243	11.115	21.279	29,4	21,7	26,9	36,0	59,6	40,5
Moral	322	874	1.796	2.965	2.991	8.948	8,5	12,3	21,4	20,4	16,0	17,0
Tortura	41	67	170	287	427	992	1,1	0,9	2,0	2,0	2,3	1,9
Sexual	183	1.552	2.542	4.118	2.030	10.425	4,8	21,8	30,3	28,3	10,9	19,9
Abandono	1.893	2.846	1.425	1.281	830	8.275	49,9	39,9	17,0	8,8	4,5	15,8
Outras	240	244	198	667	1.247	2.596	6,3	3,4	2,4	4,6	6,7	4,9
Total*	3.793	7.132	8.389	14.561	18.640	52.515	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SINAN/SVS/MS

A violência física prevalece, representando cerca de 40,5% dos atendimentos às crianças e adolescentes vítimas de violência do zero aos 19 anos, seguida da violência sexual, e da moral ou psicológica.

Isto posto, apenas sob a ótica dos casos denunciados e oficialmente registrados, pois muitas ocorrências sequer chegam ao conhecimento do poder público, enfrentamos números alarmantes. Infelizmente, ao menos em algum momento da vida, grande parte das crianças e adolescentes brasileiros enfrentaram ou enfrentarão algum tipo de violência.

TABELA 5 – Números e % de atendimentos de crianças e adolescentes (<1 a 19 anos) por violência segundo relação com o agressor e faixa etária das vítimas.

Relação c/ vítima	Nº de atendimentos						% de atendimentos					
	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total
Pai	839	1.302	1.066	1.326	821	5.354	23,5	22,2	18,1	13,0	6,6	14,1
Mãe	1768	2223	1362	1332	786	7.471	49,4	38,0	23,1	13,1	6,3	19,6
Padrasto	53	240	509	741	337	1.880	1,5	4,1	8,7	7,3	2,7	4,9
Madrasta	5	28	52	64	37	186	0,1	0,5	0,9	0,6	0,3	0,5
Cônjuge				113	922	1.035	0,0	0,0	0,0	1,1	7,4	2,7
Ex-cônjuge				38	309	347	0,0	0,0	0,0	0,4	2,5	0,9
Namorado				598	505	1.103	0,0	0,0	0,0	5,9	4,0	2,9
Ex-namorado				71	288	359	0,0	0,0	0,0	0,7	2,3	0,9
Irmão	48	98	153	305	408	1.012	1,3	1,7	2,6	3,0	3,3	2,7
Amigo/conhecido	147	446	1154	2574	2361	6.682	4,1	7,6	19,6	25,3	18,8	17,6
Desconhecido	161	232	336	1182	2675	4.586	4,5	4,0	5,7	11,6	21,3	12,1
Outros	556	1286	1252	1846	3081	8.021	15,5	22,0	21,3	18,1	24,6	21,1
Total	3.577	5.855	5.884	10.190	12.530	38.036	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Pais	2.665	3.793	2.989	3.463	1.981	14.891	74,5	64,8	50,8	34,0	15,8	39,1
Parceiros/ex				820	2.024	2.844	0,0	0,0	0,0	8,0	16,2	7,5

Fonte: SINAN/SVS/MS

Por fim, um dado bastante estarrecedor expõe que a violência ocorre predominantemente dentro de casa, advinda dos próprios genitores, responsáveis ou companheiros. Cerca de 39,1% dos atendimentos no SUS são de crianças e adolescentes submetidos à violências diversas por seus próprios pais.

Não é seguro generalizar, uma vez que existem diversas peculiaridades e variáveis em cada situação, sejam relacionadas ao tipo de violência, à faixa etária, ao gênero, ao perfil do agressor, etc. Contudo, lamentavelmente, a violência tem ocorrido predominantemente no lar e na escola – locais que deveriam ser sinônimos de abrigo, proteção, segurança, acolhimento e afeto.

Com evidência, diante da análise das raízes da violência, é possível constatar que a família, a sociedade e o próprio Estado têm descumprido o dever

constitucional de proteção à criança e ao adolescente. Motivos pelos quais a compreensão, estudo, debate e promoção de medidas assecuratórias sobre o tema são necessários e urgentes.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Infância e Juventude são alicerçadas por dois basilares princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Proteção Integral.

Ao passo que a dignidade da pessoa humana representa um importante princípio em nosso ordenamento jurídico, a conceituação clara e objetiva desta expressão representa um dos maiores desafios para a seara jurídica.

De maneira bastante simplista, a ideia mais difundida é de que até o ser humano mais detestável, que tenha cometido a pior das atrocidades, é merecedor de dignidade.

O jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet (2012), assim bem define: “cumpra aqui salientar que a dignidade é uma condição irrenunciável e inafastável ao ser humano, não se distanciando esta condição mesmo quando um determinado sujeito comete os crimes mais repugnantes”.

Isto posto, todo ser humano é dotado deste preceito, pois a dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente a toda e qualquer pessoa, sem distinção de raça, cor, sexo, idade, condição social ou econômica.

O filósofo Immanuel Kant (2007, p.44), em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, que data de 1785, foi o primeiro a declarar que a dignidade de um homem não tem preço:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Nota-se, portanto, o caráter inafastável e irrenunciável da dignidade da pessoa humana. Tanta importância que representa, o princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, já no primeiro artigo do bojo da Carta Magna (BRASIL, 1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Apesar de estar acompanhado de outros quatro direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto com supremacia e norteador de todo o ordenamento jurídico, inclusive dos demais princípios que também estão submetidos à dignidade.

Desta forma, é possível afirmar que este princípio é fonte direta de conteúdo dos direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados à vida, à honra, à liberdade, à integridade física e psíquica e à igualdade.

O respeito à dignidade da pessoa humana deve ser mútuo entre os indivíduos, mas, principalmente assegurado pelo Estado, que o prevê na própria Constituição Federal.

Sarlet (2012, p.35) justifica que “a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la”.

Tão logo, ainda que o Estado seja um dos maiores violadores deste tão importante princípio, a proteção à dignidade do indivíduo jamais deve ser deixada em segundo plano. O princípio da dignidade da pessoa humana deve embasar todo o sistema de garantias e direitos previstos pelo Estado Democrático de Direito.

Derivado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas não menos importante, há o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, cujo marco se dá com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com ênfase no artigo 227 que versa (BRASIL, 1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste artigo, o constituinte outorga ao Estado, à família e à sociedade a responsabilidade pela proteção da criança, a garantia de seus direitos fundamentais, bem como mantê-la a salvo de atos violentos, de exploração, de discriminação, negligência e quaisquer outros que violem sua integridade física e/ou emocional.

Quase dois anos mais tarde, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador transportou o artigo 227 da Constituição Cidadã para o ECA, tratando em minúcias e exaustivamente os dispositivos acerca da proteção integral da criança e do adolescente.

Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente – que veio para robustecer o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário – a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de inúmeros direitos, que até então não lhes era conferido pelo nosso ordenamento.

Com efeito, João Roberto Elias, procurador de Justiça do Estado de São Paulo e Docente do curso de Direito da Universidade de São Paulo aduz: (ELIAS, 2010, p.12):

A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim sendo, às crianças e aos adolescentes devem ser prestadas a assistência material, moral e jurídica.

Desta forma, rompe-se o paradigma de que apenas as crianças e adolescentes que se encontram em situação irregular é que merecem atenção do Direito. A partir da Constituição Federal e, posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente, até mesmo aqueles infantes inseridos no seio familiar passam a ser percebidos pelo ordenamento jurídico e tornam-se sujeitos de direito, daquele que a melhor doutrina denomina de Princípio da Proteção Integral.

5.1 Distinção Entre Normas, Princípios e Postulados Normativos

A ciência do direito é um ramo pertencente às ciências sociais cujo objeto de estudo é o conjunto de normas obrigatórias que regem a vida em sociedade. E é através da norma que o Direito se exterioriza.

Primordialmente, é preciso deslindar que norma é gênero, do qual princípios, regras e postulados normativos são espécies.

A norma não é texto propriamente dito, mas o sentido que se obtém da interpretação dos textos. No mesmo caminho, é preciso desmitificar que norma não é sinônimo de dispositivo. Haja vista que nosso ordenamento jurídico comporta normas que não possuem dispositivo, bem como dispositivos que não possuem

norma. Não se encontram, por exemplo, dispositivos positivados que prevejam a segurança jurídica, embora este seja um importante princípio que ampara o Direito.

Igualmente, há dispositivo do qual não se extrai norma alguma, a exemplo do preâmbulo da Constituição Federal que, segundo a doutrina, não gera obrigatoriedade por não ter força normativa, mas sim apenas viés filosófico e sociológico, senão vejamos (BRASIL, 1988):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Nota-se que o preâmbulo é o exórdio da Constituição, em que o constituinte traceja os ideais e alicerces do Estado Democrático de Direito. Todavia, não é imperativo e nem pode ser evocado para justificar que determinadas leis são inconstitucionais.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p.10): “O preâmbulo da Constituição não tem força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte...”

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, em 15 de agosto de 2002, sobre a celeuma da natureza jurídica do preâmbulo constitucional. A ação fora proposta pelo Partido Social Liberal contra a Constituição do Estado do Acre que omitiu a expressão “sob a proteção de Deus”, presente na carta constitucional brasileira:

O preâmbulo (...) não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.”

(ADI 2.076, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002)

Isto posto, o preâmbulo tem o condão de traçar preceitos políticos, ideológicos e filosóficos, mas não tem natureza de norma.

Superado o estudo da norma, é inexorável o estudo dos princípios.

O direito está em constante transformação e evolução, portanto, o entendimento acerca dos princípios atualmente é bastante diferente do que tínhamos no passado.

Outrora, diante de um sistema basicamente lastreado em regras, os princípios não possuíam força normativa, o que significa dizer que eles não poderiam ser aplicados na prática para a obtenção de um direito, assim como eram as regras.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades e graves violações aos direitos humanos, a aplicação dos princípios passou a ser repensada, doravante como normas com força vinculante.

Hoje, os princípios são compreendidos como fontes essenciais e basilares para um ordenamento jurídico responsável.

Princípios são definidos como um estado ideal de algo a ser atingido, ou como “a norma-do-que-deve-ser” (ÁVILA, 2015, p. 96). Podemos exemplificar a conceituação pensando em um dos princípios mais conhecidos no âmbito jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse preceito amplamente ostensivo indica um estado ideal em que todo o ser humano deveria estar em pleno gozo. Ainda segundo Ávila (2015, p.95):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que características dianteiras das regras é a previsão do comportamento.

Humberto Ávila é um jurista brasileiro comumente pesquisado no mundo jurídico, pois atualmente é o autor mais utilizado para a conceituação dos princípios, bem como a diferença entre eles, as regras e os postulados normativos. Ávila fundamentou seus estudos em grandes nomes da doutrina jurídica como o alemão Robert Alexy e norte-americano Ronald Dworkin, e, segundo este último, por Ávila (2015, p.56/57):

Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativamente maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Deste modo, podemos entender que princípios determinam um estado a ser atingido pela sociedade, partindo da premissa da figura do homem médio como medida de comportamento para os demais e o equilíbrio entre o que é certo e errado. Plácido e Silva (1993, p. 47), afirma:

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Este pensamento coaduna também com a visão do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 167) que defende que princípios são multifuncionais dadas a suas três funções distintas: seja pela sua função fundamentadora, seja pela função orientadora da interpretação jurídica ou seja pela função de fonte subsidiária do Direito.

A doutrina, quase que uniformemente, considera os princípios como uma fonte de inspiração para a elaboração e construção de normas por possuírem um alto grau de abstração e carga valorativa.

Existe ainda, o entendimento doutrinário de que os princípios são dotados de eficácia normativa e poderiam ser facilmente aplicados nos casos concretos.

Grande discussão se estabelece, visto que ao fundamentar decisões em normas principiológicas o Judiciário desvia de sua função típica de aplicador das normas jurídicas para atuar como legislador, invadindo, assim a competência do Poder Legislativo.

Observa-se, por exemplo, que várias normas constitucionais possuem alta carga valorativa, mas são permeadas de princípios e considerável grau de abstração. Como são normas abertas e abrangentes permitem aplicação nos mais

diversos casos e liberdade de fundamentação ao julgador. Luís Roberto Barroso (2006, p. 111), atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirma:

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.

Logo, ao constatar que o Estado Juiz vale-se amplamente dos princípios para embasar suas decisões, é notória a preocupação do legislador em também buscar subsídios nos conceitos principiológicos para dar sustentação e eficácia a seus dispositivos. É o que se verifica também na Lei, objeto deste trabalho.

Ainda sobre a diferenciação entre regras e princípios, Daniel Colnago Rodrigues (2014, p. 161), aduz que dentre os diversos parâmetros utilizados para realizar a separação entre princípios e regras, destaca-se o critério do comportamento prescrito, ou seja, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, apontando um estado ideal de coisas a serem atingidas, não indicam comportamentos que irão promover gradualmente esse estado ideal do qual se deseja atingir. Por sua vez, as regras, são normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões e proibições por meio de condutas a serem observadas.

Na visão de Canotilho (2000, p. 1124):

Para distinguir entre regras e princípios, há diversos critérios a serem utilizados. Quanto ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.

Logo, nas palavras do saudoso Miguel Reale (1999, p. 60) os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.

Após compreendida a definição e diferenciação entre os princípios e regras, resta elucidar os postulados normativos.

Neste sentido, Humberto Ávila (2011, p. 146) descreve que os postulados normativos tratam de normas que estruturam, organizam e viabilizam a aplicação das demais espécies normativas. Os postulados não se enquadram como princípios ou regras, visto que são condições essenciais sem as quais nenhum objeto poderia ser conhecido.

Segundo Ávila (2005, p. 135):

[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

Os postulados normativos definem a aplicação de outras normas, mas não podem ser confundidos com princípios, pois não são mandamentos de otimização e tampouco podem ser cumpridos de forma gradual, conforme sugerido por Alexy. Também não se confundem com regras, pois não são normas que descrevem condutas permissivas ou proibitivas. Os postulados são “metanormas” ou “supernormas” que orientam a aplicação de regras e de princípios.

Com tudo exposto, torna-se clarividente a importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, bem como a diferenciação com as regras e os postulados normativos. Este é o alicerce necessário para estudo pormenorizado dos princípios que regem a Lei da escuta especializada e depoimento especial.

5.2 Artigo 227 da Constituição Federal: norma de eficácia limitada

Alguns dispositivos constitucionais não estão aptos a produzir efeitos imediatamente após a promulgação da Constituição Federal. A doutrina nomeia esse fenômeno como normas de eficácia limitada.

Essas normas têm aplicabilidade indireta e reduzida, pois dependem da edição de lei infraconstitucional futura para assegurar o seu cumprimento.

O motivo pelo qual o constituinte deslocou o artigo 227 do rol de princípios assegurados no artigo 5º e seus incisos foi a necessidade de dar uma

maior ênfase aos deveres da família, sociedade e Estado para com as crianças e adolescentes (BRASIL, 1988):

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

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

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

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

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

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

A Constituição é detalhista e redundante na previsão dos direitos relacionados à criança e aos adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral.

A lei que deu eficácia ao disposto no artigo 227 da Constituição Federal foi sancionada no 13 de julho de 1990, com a lei nº 8.069, nomeada como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA.

O referente estatuto é um marco regulatório dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, considerado por muitos um dos dispositivos normativos mais modernos de todo o mundo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente divide-se em dois livros. O primeiro trata da proteção dos direitos fundamentais à pessoa em desenvolvimento e o segundo livro trata dos órgãos e procedimentos protetivos à criança e ao adolescente.

Contudo, apesar do dispositivo infraconstitucional já ter completado 28 anos, com o intuito de conferir eficácia à norma constitucional prevista no artigo 227, é preciso caminhar e muito em prol de sua efetividade. Em termos legislativos, houve progresso com a criação de um dos dispositivos mais avançados do nosso ordenamento jurídico e também no âmbito mundial. Contudo, ainda há defasagens e falta efetividade e respeito aos princípios mínimos carregados por este, conforme veremos a seguir.

5.3 Princípio da Proteção Integral

No Brasil, o sistema menorista e a doutrina da Proteção Integral demandam uma análise profunda, cujo marco estabelecido deve ser a Constituição Federal.

Isso porque antes de 1988, o destinatário da proteção era apenas a criança que se encontrava em situação irregular ou tivesse atentado contra o ordenamento jurídico. À vista disso, até a promulgação da Constituição Federal na década de 80, o menor que estivesse inserido no seio familiar não era motivo de preocupação do Estado.

Com anos de atraso em relação ao cenário jurídico internacional, pois a Declaração dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU) foi publicada no final da década de 50, é que o Brasil rompe o paradigma da doutrina

de proteção ao menor em situação irregular para abarcar a doutrina de proteção integral. Pois toda e toda e qualquer criança, independente de estar ou não em situação irregular ou precária, deve ser protegida, respeitada e ter seus direitos assegurados.

E este é um dever concorrente do Estado, da família e de toda a sociedade, conforme disciplina a primeira parte do artigo 227 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

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

Mais do que isso, com o advento da Constituição de 1988, abandona-se a ideia de que a criança é “propriedade” de seus pais para reconhecimento do direito subjetivo: a criança ou adolescente deixa de “pertencer” aos seus pais, deixa de ser tratado como objeto e passa a ser sujeito de direitos.

Este efeito traz uma reviravolta na seara jurídica, pois as decisões judiciais passam também a priorizar as condições que melhor atendam os interesses das crianças e adolescentes envolvidos.

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente estar prestes a completar 30 anos desde a sua publicação, os direitos e deveres concernentes a eles são desconhecidos em parte ou em sua totalidade, ou então, pouco compreendidos por grande parte da população – dificultando ainda mais a efetivação destas garantias.

O princípio da proteção integral provoca reflexos em todo o sistema jurídico, inclusive na lei objeto de análise deste trabalho.

A conscientização e envolvimento da família, da sociedade e do próprio Estado são fundamentais no sentido de reconhecer que a criança e o adolescente, além de sujeitos de direitos, são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

Compreendendo a dimensão essencial do princípio da Proteção Integral avançaremos ao estudo de outro princípio, não menos importante e que caminha lado a lado com o anterior: o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

5.4 Princípio do Melhor Interesse do Menor

O Princípio do Melhor Interesse do Menor não se encontra positivado na Constituição Federal, tampouco no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, ainda que este princípio não esteja expresso taxativamente na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, a doutrina entende que ele é inerente ao Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Este princípio pode ser traduzido no conjunto de condutas e medidas que visam sempre às condições mais favoráveis e benéficas ao infante. Ele se estende a todas as relações jurídicas que envolvem crianças e adolescentes, em respeito, principalmente à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Insta salientar, que nem sempre, o atendimento a este princípio coincide com a vontade dos genitores, da família e da própria sociedade.

Conforme a doutrina, esse princípio teve origem no direito anglo-saxônico do *parens patriae*, em que o Estado assumia a responsabilidade daqueles indivíduos considerados limitados juridicamente – naquela época, os loucos e menores.

Aos poucos, esse instituto passou a ser implementado nos mais diversos ordenamentos não só como dispositivo, mas também como uma base para a elaboração de novas leis ao redor do mundo.

No Brasil, é comumente invocado para atender, beneficiar e resguardar os direitos das crianças e adolescentes. Vejamos um Recurso Especial, em que o Superior Tribunal de Justiça fez prevalecer o melhor interesse da criança:

- Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.
- Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA.
- A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social

em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação.

- Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo.

- Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta.

- Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas.

- O pai, por conseguinte, deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

- Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas.

- Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade.

Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. (STJ – REsp 964836/BA – Relatora Ministra Nancy Andrighi – 3ª. Turma – Data do Julgamento 02/04/2009 – Dje 04/08/2009).

Nota-se que a ministra relatora do julgamento fundamentou toda a sua decisão no Princípio do Melhor Interesse do Menor, com base na afetividade e na ampliação dos laços afetivos e não no interesse particular dos genitores.

5.5 Princípio da Prioridade Absoluta

Outro princípio de importante observância é o Princípio da Prioridade Absoluta – que guarda semelhanças com o instituto da Proteção Integral, mas com ele não se confunde.

Este princípio está previsto novamente na leitura do artigo 227 da Carta Magna, como também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 227. é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

Art. 4. é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

O princípio da prioridade absoluta é um importante marco constitucional, pois a partir da promulgação da constituição cidadã em 1988, a criança e o adolescente passam a ser vistos sob outra perspectiva: considerado como sujeito de direitos, merecedores de proteção da família, do Estado e da sociedade.

O arcabouço do artigo 227 consagra que a criança e o adolescente são dignos de receber proteção integral e garantia de seu melhor interesse. Além do mais, sua especial condição de desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral e espiritual pressupõem uma fragilidade em relação aos adultos. Por este motivo é que o constituinte autoriza que os direitos destes gozam de preferência e devem prevalecer sobre os direitos dos demais cidadãos.

O Estado tem o dever de organizar os serviços públicos e criar mecanismos para assegurar a efetivação dos direitos daqueles que gozam de proteção especial. Assim, diversas políticas públicas foram adotadas em observância ao Princípio da Prioridade Absoluta, como por exemplo, a predileção em receber prestação de socorro, em qualquer circunstância, no atendimento nos serviços públicos; preferência na formulação e na efetiva execução de políticas sociais; prioridade na tramitação de processos judiciais que envolvam menores de dezoito anos; bem como a destinação privilegiada de recursos públicos, entre outros.

6 TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: TRATADOS INTERNACIONAIS

Apenas no final do século XIX e meados do século XX, após anos de exploração infantil, em que as crianças eram submetidas a jornadas de trabalho extenuantes, ou recrutadas como soldados em guerras, sem acesso a direitos básicos como alimentação, educação, saúde e lazer é que se iniciou uma onda de conscientização pelos direitos da criança e do adolescente.

A precursora deste movimento foi a historiadora e cientista social Eglantyne Jebb, fundadora da União Internacional de Proteção à Infância “*Save The Children Fund*”, dedicando sua vida à infância no período pós-guerra. Ela impulsionou a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, sancionada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1923.

O texto original previa apenas cinco pontos fundamentais entre os quais direito à alimentação, prioridade no socorro em caso de catástrofe, atendimento às necessidades básicas e acesso à educação. Neste sentido: (ONU, 1923):

À criança deve ser concedido os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual.

A criança que tem fome deve ser alimentada, a criança que está doente deve receber os cuidados de saúde necessários, a criança que está atrasada deve ser ajudada, a criança delinvente deve ser recuperada, e o órfão e a criança abandonada deve ser protegida e abrigada.

A criança deve ser a primeira a receber o socorro em tempos de crise ou emergência.

À criança deve ser dados todas as ferramentas para que ela se torne capaz de sustentar-se e deve ser protegida contra toda forma de exploração.

A criança deve ser criada na consciência de que seus talentos devem ser colocados a serviço de seus semelhantes.

Mais de três décadas depois, a ONU complementa a Declaração de Genebra, publicando dez princípios que constituem a Declaração dos Direitos da Criança, no ano de 1959. A organização passa a reconhecer que a criança é integrante fundamental da sociedade e futuro da humanidade.

Em Nova Iorque, no dia 20 de novembro de 1989, dia que ficou mundialmente conhecido como Dia Internacional da Criança, a assembleia da ONU aprova a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança com 54 artigos. Passa a vigorar a partir de 2 de setembro de 1990 e ser reconhecido como o mais

importante tratado de direitos das crianças, ratificado por 195 países. O Brasil é signatário do tratado, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 99710 de 1990.

Insta salientar, que até a promulgação da Convenção, não havia uma definição clara de quem poderia ser considerada criança. Desta forma, cada Estado tinha a liberdade de estabelecer os critérios que as diferenciariam dos adultos. O artigo 1º da Convenção estabeleceu o critério de idade (ONU, 1959): “Nos termos da presente convenção, criança é todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Outrossim, a legislação infraconstitucional brasileira já fazia a diferenciação entre criança e adulto, ora considerando o critério etário, ora o critério biopsicossocial, a exemplo do Códigos Civis e Penais do Brasil.

Inspirado no direito francês, o Código Criminal do Império, de 1830, atribuía a idade somada a capacidade do indivíduo entender e determinar-se para ser ou não punido penalmente. Senão vejamos o artigo 13 (BRASIL, 1830):

Se provar que os menores de catorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos.

Entretanto, independente da capacidade de discernimento, o artigo 10 do mesmo diploma, assegura que os menores de catorze anos eram inimputáveis): “Também não se julgarão criminosos: §1º: Os menores de catorze anos” (BRASIL, 1830).

O Código Penal da República, que data de 1890 trouxe no seu artigo 27 e parágrafos a ideia de imputabilidade e semi-imputabilidade: “Não são criminosos: § 1º os menores de 9 anos completos. § 2º os maiores de 9 e menores de 14 anos, que obrarem sem discernimento” (BRASIL, 1890).

Em 1927, uma reforma legislativa aumentou a maioridade penal para 14 anos no Código de 1923, nestes termos (BRASIL, 1923):

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

No atual Código Penal, vigente desde a década de 40, o legislador adotou o critério exclusivamente biológico, em que apenas os maiores de 18 anos são penalmente imputáveis, por força do artigo 27, bem como a Constituição Federal que tem redação idêntica em seu artigo 228 (BRASIL, 1940): “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Na esfera cível, há a diferenciação entre capazes e incapazes. No diploma de 2002 o legislador estabeleceu que a pessoa menor de dezesseis anos é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente qualquer ato da vida civil, conforme disciplina o artigo 3º (BRASIL, 2002): “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Aquele que tem entre dezesseis e dezoito anos é considerado relativamente incapaz, sendo que a menoridade só se encerrará quando o menor completar dezoito anos, senão vejamos o artigo 5º do Código Civil (BRASIL, 2002) que dispõe: “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

O diploma de 1916 estabelecia que a menoridade cessava aos vinte um anos, e não aos dezoito como a legislação atual.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o marco regulatório dos direitos da infância e juventude no Brasil, manteve o critério etário, mas inovou ao fazer a diferenciação entre criança e adolescente. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é aquela com idade inferior a doze anos. Enquanto adolescente é o indivíduo que se encontra na faixa etária de 12 a 18 anos.

No âmbito internacional, outros dispositivos asseguram proteção à criança e ao adolescente, em razão do pressuposto de vulnerabilidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico, cognitivo, moral e psíquico.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto San Jose da Costa Rica de 1969, e ratificado pelo Brasil apenas em 1992 é um tratado internacional bastante respeitado e que consagra inúmeros direitos relacionados à vida, dignidade, liberdade, integridade pessoal e garantias judiciais para todas as pessoas, sejam maiores ou menores de dezoito anos.

Ainda que timidamente, menciona em dois artigos direitos da criança e do adolescente, quais sejam o direito à vida desde a concepção no artigo 4º (OEA, 1969): “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser

protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

E também o artigo 19 da que versa sobre os direitos da criança e o dever concorrente da sociedade, do Estado e da família em protegê-la: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e também ratificada pelo Brasil, é reconhecida com um marco dos direitos humanos, paz e justiça social, e obviamente, estende-se aos infantes e jovens.

Os artigos 25 e 26 deste tratado versam sobre direitos básicos como saúde, educação, habitação, vestuário e confere os mesmos direitos aos filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Neste sentido:

Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

(ONU, 1948):

Anos mais tarde, em 1959, foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança pela extinta Liga das Nações, trazendo dez princípios garantidores dos direitos da criança de não sofrerem discriminação racial, religiosa, social, de gênero, cor ou nacionalidade. Entre outros direitos: garantia de pleno desenvolvimento físico, psíquico, espiritual, afetivo e moral conforme disciplinam os dez artigos do diploma internacional (ONU, 1959):

1º Princípio – Todas as crianças são credoras destes direitos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, condição social ou nacionalidade, quer sua ou de sua família.

2º Princípio – A criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e devem ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. As leis devem levar em conta os melhores interesses da criança.

3º Princípio – Toda criança tem direito a um nome e a uma nacionalidade.

4º Princípio – A criança tem direito a crescer e criar-se com saúde, alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas, e à mãe devem ser proporcionados cuidados e proteção especiais, incluindo cuidados médicos antes e depois do parto.

5º Princípio - A criança incapacitada física ou mentalmente tem direito à educação e cuidados especiais.

6º Princípio – A criança tem direito ao amor e à compreensão, e deve crescer, sempre que possível, sob a proteção dos pais, num ambiente de afeto e de segurança moral e material para desenvolver a sua personalidade. A sociedade e as autoridades públicas devem propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

7º Princípio – A criança tem direito à educação, para desenvolver as suas aptidões, sua capacidade para emitir juízo, seus sentimentos, e seu senso de responsabilidade moral e social. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

8º Princípio - A criança, em quaisquer circunstâncias, deve estar entre os primeiros a receber proteção e socorro.

9º Princípio – A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração. Não deve trabalhar quando isto atrapalhar a sua educação, o seu desenvolvimento e a sua saúde mental ou moral.

10º Princípio – A criança deve ser criada num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

Nos anos 90, também em encontro na sede da Organização das Nações Unidas, criou-se a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças. O tratado trouxe à baila temas como planejamento familiar, analfabetismo, desnutrição, redução da mortalidade infantil, saneamento básico, combate à pobreza, respeito às diferenças culturais e sociais no mundo, entre outros.

Ainda na década de 90, durante o 8º Congresso das Nações Unidas foram estabelecidos as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade para tratar do adolescente infrator.

Também sobre a temática, há as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Juventude – Regras Mínimas de Beijing. Celebrado na década de 80 em Caracas, capital da Venezuela, dispõe sobre o tratamento de jovens delinquentes – embora ainda não tenha sido ratificado pelo Brasil.

Diante do exposto, é clarividente o empenho legislativo não só do Brasil em assegurar direitos e garantias às crianças e adolescente, mas também presente em diversos tratados internacionais e incorporados a vários ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

7 PROCEDIMENTO PREVISTO PELA NOVA LEI

Em 05 de abril de 2018 entrou em vigor a Lei 13.431, após período de um ano de vacância. A novel legislação, já em seus dois primeiros artigos, demonstra que pretende adequar o ordenamento jurídico brasileiro à proteção conferida às crianças e adolescentes pelos diplomas internacionais, além de seguir a diretriz preconizada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

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

Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

O artigo 3º versa sobre a aplicação e interpretação da nova lei, com respeito à finalidade social e, principalmente, à garantia dos direitos fundamentais da criança que se encontra em uma fase especial do desenvolvimento humano (BRASIL, 2017):

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.

Deste modo, quando se refere aos “fins sociais a que ela se destina”, significa que durante a interpretação e aplicação da Lei em tela, os alicerces do Estado Democrático de Direito, trazidos pela Constituição Federal ou legislação infraconstitucional, não podem ser oprimidos por qualquer outro interesse.

A criança e o adolescente são detentores de todos os direitos inerentes aos adultos, respeitadas algumas peculiaridades como: idade, grau de desenvolvimento físico e mental, autonomia e capacidade de discernimento.

Insta salientar que elas são titulares de direitos e privilégios para que se aplaque a fragilidade pressuposta, inerente a fase de desenvolvimento. Estas características acabam por suscitar os princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta.

É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos à vida, à dignidade, à proteção integral, e ao desenvolvimento moral, intelectual e social. Além de salvaguardá-los de todas as formas de violência.

Os destinatários da nova lei são as crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência. E o parágrafo único traz a possibilidade de ser aplicada também às vítimas e testemunhas que tenham entre 18 e 21 anos, conforme disposto no parágrafo único do artigo 3º (BRASIL, 2017):

Parágrafo único. A aplicação desta Lei é facultativa para as vítimas e testemunhas de violência entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim sendo, a aplicação da lei é obrigatória para as crianças e adolescentes que figurem como vítimas ou testemunhas de violência. Nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) o critério para diferenciação da criança e do adolescente é etário. Desta forma, criança é o indivíduo que tem 12 anos incompletos, ao passo que adolescente encontra-se na faixa etária dos 12 aos 18 anos.

A lei alcança também o jovem adulto – pessoa que se encontra entre os 18 e 21 anos de idade, nos termos do artigo 2º, parágrafo único do ECA – podendo ser aplicada de forma facultativa, quando necessário.

Neste interim, há que se reconhecer o mérito do legislador em indicar como destinatários da lei não só às vítimas, mas também àqueles que testemunham os atos violentos. Da mesma forma, estendeu a proteção para os que acabam de entrar na vida adulta.

Para fins de aplicação da norma, o artigo 4º da lei elenca as formas de violência, quais sejam: Física, Psicológica, Sexual e Institucional (BRASIL, 2017):

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

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

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

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

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;

c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

§ 2º Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência.

§ 3º Na hipótese de revelação espontânea da violência, a criança e o adolescente serão chamados a confirmar os fatos na forma especificada no § 1º deste artigo, salvo em caso de intervenções de saúde.

§ 4º O não cumprimento do disposto nesta Lei implicará a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo a Organização Mundial de Saúde a definição de violência consiste em:

O uso intencional de força física ou poder, ameaçados ou reais, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, que

resultem ou tenham grande probabilidade de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, mau-desenvolvimento ou privação. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002):

A violência física, tratada no primeiro inciso, abarca todas as condutas violentas que ofendam a integridade ou causem sofrimento físico ao menor.

A violência psicológica, disposta no inciso II, compreende condutas que acarretam prejuízo ao desenvolvimento físico e emocional. Não são toleradas ações de discriminação, de desrespeito, de constrangimento, de ridicularização, de ameaça e de humilhação, inclusive a prática de *bullying*.

A lei também aduz a prática da alienação parental – em que um ou ambos os genitores, ou aquele que detém a guarda e cuidados da criança, promove uma campanha denegatória contra um dos genitores para que o (a) filho (a) passe a odiá-lo (a) – como forma de abuso e violência psicológica.

E por fim, também elenca como forma de violência psicológica, expor a criança ou adolescente, de forma direta ou indireta, a crime violento, independente do ambiente em que o ato tenha sido cometido. A recente lei nacional menciona apenas crime violento. Embora haja proteção internacional, conferida por resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), para crianças e adolescentes testemunhas de qualquer tipo de crime.

A violência sexual contra a criança ou adolescente está fixada no artigo 4º, inciso III. A lei reprime a utilização deles para qualquer fim sexual, seja a prática da própria conjunção carnal ou atos libidinosos, até mesmo o testemunho da prática sexual, seja presencialmente ou por meio digital, e ainda pornografia infantil.

A lei, além de repudiar estas formas de abuso, veda a exploração sexual e o tráfico de crianças e adolescentes com finalidade de exploração sexual para obtenção de lucro ou outra vantagem.

O inciso IV, do artigo 4º da Lei, trata da violência praticada pelo próprio Estado, através das instituições públicas ou conveniadas. Para tanto, cria mecanismos para evitar a revitimização, entre eles a escuta especializada e o depoimento especial, que podem acontecer tanto na fase inquisitorial como na fase processual.

E também a adoção de medidas e atenção especial do Estado quando se tratar de revelação espontânea. Na revelação espontânea, a vítima ou testemunha, por livre vontade, traz ao conhecimento das autoridades ou de uma

terceira pessoa na qual ele deposita confiança, ter sofrido ou testemunhado violência. Conforme dispõe o § 1º do artigo 4º da Lei, ele pode vir a ser chamado a confirmar a revelação espontânea na forma de escuta especializada ou depoimento especial.

O Título II trata dos Direitos e Garantias, conforme disposto no artigo 5º (BRASIL, 2017):

Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

I - receber prioridade absoluta e ter considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II - receber tratamento digno e abrangente;

III - ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência;

IV - ser protegido contra qualquer tipo de discriminação, independentemente de classe, sexo, raça, etnia, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, nacionalidade, procedência regional, regularidade migratória, deficiência ou qualquer outra condição sua, de seus pais ou de seus representantes legais;

V - receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido;

VI - ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio;

VII - receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;

VIII - ser resguardado e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções;

IX - ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível;

X - ter segurança, com avaliação contínua sobre possibilidades de intimidação, ameaça e outras formas de violência;

XI - ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial;

XII - ser reparado quando seus direitos forem violados;

XIII - conviver em família e em comunidade;

XIV - ter as informações prestadas tratadas confidencialmente, sendo vedada a utilização ou o repasse a terceiro das declarações feitas pela criança e pelo adolescente vítima, salvo para os fins de assistência à saúde e de persecução penal;

XV - prestar declarações em formato adaptado à criança e ao adolescente com deficiência ou em idioma diverso do português.

Parágrafo único. O planejamento referido no inciso VIII, no caso de depoimento especial, será realizado entre os profissionais especializados e o juízo.

A novel legislação está em consonância com a legislação nacional e internacional já existente, e ainda traz à baila outros direitos fundamentais à criança e adolescente. Em razão da condição específica de desenvolvimento físico, emocional e intelectual, a criança e o adolescente receberão tratamento psicossocial apropriado, prestado por equipe multidisciplinar (psicólogos, médicos, assistentes sociais, entre outros).

O atendimento deve acontecer em caráter de prioridade absoluta, com preferência na tramitação do processo e celeridade. E precipuamente, asseguradas as garantias a sua intimidade, segurança, saúde física e emocional, dignidade, direito de ser ouvido da forma adequada e na hora que desejar, sigilo de seu depoimento, assistência por profissionais especializados e reparação do dano sofrido. Estas e outras medidas visam garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais intrínsecos aos interesses destes infantes.

A vítima ou testemunha infanto-juvenil tem também direito de pleitear medidas protetivas, conforme disciplina o artigo 6º (BRASIL, 2017):

Art. 6o A criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência têm direito a pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência.

Parágrafo único. Os casos omissos nesta Lei serão interpretados à luz do disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e em normas conexas.

A lei estabelece, inclusive nos artigos seguintes, o resguardo de contato, mesmo que visual, com o autor da violência ou qualquer outra pessoa que constranja, coaja ou ameace a criança.

Nos casos de omissão da lei, aplica-se o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Maria da Penha.

Os próximos seis artigos, tratados no Título III do diploma, trazem os procedimentos para a Escuta Especializada e o Depoimento Especial (BRASIL, 2017):

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

A escuta especializada é uma entrevista da criança ou adolescente perante o órgão de proteção. Nela, a vítima ou testemunha relata apenas aquilo que é estritamente necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Já o depoimento especial é o ato formal de oitiva na presença da autoridade policial ou judiciária (BRASIL, 2017): “Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”.

Ambos devem ser realizados em local apropriado e que transmitam acolhimento e segurança ao depoente (BRASIL, 2017): “Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento”.

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. (BRASIL, 2017)

Recontar os fatos significa reviver um momento muitas vezes traumático e doloroso para a vítima ou testemunha, portanto, é imprescindível que ela se sinta amparada e tranquila, a salvo de qualquer contato com seu agressor.

O artigo 11 da lei traz um modelo de depoimento especial tradicional e também um outro qualificado, em sede de produção antecipada de prova (BRASIL, 2017):

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

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

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

II - em caso de violência sexual.

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

A justificativa para a adoção de um rito cautelar de antecipação de prova é a idade da criança e gravidade do crime. Serve para a vítima ou testemunha menor de sete anos de idade, ou quando ela for vítima ou testemunha da violência sexual.

Para que a criança ou adolescente não sofra novos danos, a lei proíbe a realização de um novo depoimento, salvo se a autoridade competente justificar a sua imprescindibilidade ou se houver concordância do depoente ou de seu representante legal.

O procedimento observará algumas regras, tais como: a criança será esclarecida acerca do depoimento especial e de seus direitos, mas, ao profissional que a acompanha, é vedada a leitura da denúncia e outras peças processuais. Isso se faz necessário para evitar traumas e danos psicológicos e para tutelar o direito da livre narrativa. A ela é assegurada contar os fatos da maneira que ela desejar e se sentir mais confortável. O profissional especializado que a acompanha pode intervir, se necessário, para propiciar a elucidação dos fatos, sempre utilizando linguagem e técnicas adequadas à compreensão da criança (BRASIL, 2017):

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

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

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

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

Uma das precauções do legislador foi priorizar a utilização de equipamentos audiovisuais. Se por um lado, há a preocupação em evitar a revitimização e o contato da vítima ou testemunha com o suspeito do crime, por outro lado, há a garantia aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa do acusado. Neste sentido (BRASIL, 2017):

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

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

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

O juiz, Ministério Público, o acusado e a defesa permanecem na sala de audiência. Enquanto a vítima ou testemunha é acompanhada por profissionais especializados em uma sala separada, com todo aparato audiovisual necessário.

No final do depoimento, abre-se oportunidade para perguntas complementares, cuja pertinência será avaliada pelo magistrado. Se autorizadas, serão formuladas em blocos.

Se a vítima ou testemunha assim desejar, é garantido a ela o direito de prestar seu depoimento direto ao juiz, obviamente, com a preservação de sua intimidade e privacidade (BRASIL, 2017):

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

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

Alguns dispositivos da lei podem ser mitigados em caso de risco à vida ou à integridade da criança ou adolescente, como por exemplo: a retirada do acusado da sala de audiência, a restrição da gravação em áudio e vídeo do depoimento e a formulação de perguntas ao término da oitiva (BRASIL, 2017):

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

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

Outrossim, o depoimento e o processo ocorrerão em segredo de justiça, com amplo respeito à intimidade e privacidade da criança ou adolescente. A preservação, armazenamento e segurança da mídia em que foram gravados o depoimento serão objeto de regulamentação. Inclusive, o artigo 24 da lei indica a tipificação de um novo crime: violar sigilo processual, permitindo que o depoimento da criança ou adolescente fique acessível para pessoa estranha ao processo (BRASIL, 2017):

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

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

Os artigos 13 a 16 versam sobre a integração das políticas de atendimento e o dever de denunciar crimes cometidos contra crianças e adolescentes. Neste sentido (BRASIL, 2017):

Art. 13. Qualquer pessoa que tenha conhecimento ou presencie ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que constitua violência contra criança ou adolescente tem o dever de comunicar o fato imediatamente ao serviço de recebimento e monitoramento de denúncias, ao conselho tutelar ou à autoridade policial, os quais, por sua vez, cientificarão imediatamente o Ministério Público.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão promover, periodicamente, campanhas de conscientização da sociedade, promovendo a identificação das violações de direitos e garantias de crianças e adolescentes e a divulgação dos serviços de proteção e dos fluxos de atendimento, como forma de evitar a violência institucional.

O presente dispositivo corrobora o dever da sociedade, do Estado e da família em proteger a criança e o jovem de toda forma de violência, também previsto no bojo constitucional, no artigo 227.

O parágrafo único do artigo 13 atribui aos governos federais, estaduais e municipais a adoção de campanhas de conscientização para que a população saiba identificar, prevenir e denunciar atos de violência contra estes.

Os artigos 14 a 16 dissertam sobre as políticas públicas para o acolhimento e tratamento multidisciplinar das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes violentos (BRASIL, 2017):

Art. 14. As políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência.

§ 1º As ações de que trata o caput observarão as seguintes diretrizes:

I - abrangência e integralidade, devendo comportar avaliação e atenção de todas as necessidades da vítima decorrentes da ofensa sofrida;

II - capacitação interdisciplinar continuada, preferencialmente conjunta, dos profissionais;

III - estabelecimento de mecanismos de informação, referência, contrarreferência e monitoramento;

IV - planejamento coordenado do atendimento e do acompanhamento, respeitadas as especificidades da vítima ou testemunha e de suas famílias;

V - celeridade do atendimento, que deve ser realizado imediatamente - ou tão logo quanto possível - após a revelação da violência;

VI - priorização do atendimento em razão da idade ou de eventual prejuízo ao desenvolvimento psicossocial, garantida a intervenção preventiva;

VII - mínima intervenção dos profissionais envolvidos; e

VIII - monitoramento e avaliação periódica das políticas de atendimento.

§ 2o Nos casos de violência sexual, cabe ao responsável da rede de proteção garantir a urgência e a celeridade necessárias ao atendimento de saúde e à produção probatória, preservada a confidencialidade.

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar serviços de atendimento, de ouvidoria ou de resposta, pelos meios de comunicação disponíveis, integrados às redes de proteção, para receber denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes.

Parágrafo único. As denúncias recebidas serão encaminhadas:

I - à autoridade policial do local dos fatos, para apuração;

II - ao conselho tutelar, para aplicação de medidas de proteção; e

III - ao Ministério Público, nos casos que forem de sua atribuição específica.

Art. 16. O poder público poderá criar programas, serviços ou equipamentos que proporcionem atenção e atendimento integral e interinstitucional às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, compostos por equipes multidisciplinares especializadas.

Parágrafo único. Os programas, serviços ou equipamentos públicos poderão contar com delegacias especializadas, serviços de saúde, perícia médico-legal, serviços socioassistenciais, varas especializadas, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros possíveis de integração, e deverão estabelecer parcerias em caso de indisponibilidade de serviços de atendimento.

É cediço que os princípios constitucionais da proteção integral e da dignidade da pessoa humana norteiam estes dispositivos, dada à atuação de equipe multidisciplinar, seja na área de justiça, segurança, saúde física e psicológica e assistência social, como prevê a lei.

Nota-se a atenção do legislador em prever avaliação e tratamento abrangente, que deve respeitar o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual da criança e do adolescente, inclusive levando em consideração as especificidades de cada vítima ou testemunha e sua família.

Entretanto, nos artigos 15 a 20, que se referem às políticas públicas, sejam de saúde, assistência social ou segurança pública, o legislador usou o verbo “poderá (ão)”, sugestionando que algumas medidas, tais como a criação de programas de atendimento especializado e ouvidorias, sejam meras faculdades para o poder o público. Senão vejamos (BRASIL, 2017):

Art. 17. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), serviços para atenção integral à criança e ao adolescente em situação de violência, de forma a garantir o atendimento acolhedor.

Art. 18. A coleta, guarda provisória e preservação de material com vestígios de violência serão realizadas pelo Instituto Médico Legal (IML) ou por serviço credenciado do sistema de saúde mais próximo, que entregará o material para perícia imediata, observado o disposto no art. 5o desta Lei.

Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer, no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (Suas), os seguintes procedimentos:

I - elaboração de plano individual e familiar de atendimento, valorizando a participação da criança e do adolescente e, sempre que possível, a preservação dos vínculos familiares;

II - atenção à vulnerabilidade indireta dos demais membros da família decorrente da situação de violência, e solicitação, quando necessário, aos órgãos competentes, de inclusão da vítima ou testemunha e de suas famílias nas políticas, programas e serviços existentes;

III - avaliação e atenção às situações de intimidação, ameaça, constrangimento ou discriminação decorrentes da vitimização, inclusive durante o trâmite do processo judicial, as quais deverão ser comunicadas imediatamente à autoridade judicial para tomada de providências; e

IV - representação ao Ministério Público, nos casos de falta de responsável legal com capacidade protetiva em razão da situação de violência, para colocação da criança ou do adolescente sob os cuidados da família extensa, de família substituta ou de serviço de acolhimento familiar ou, em sua falta, institucional.

Art. 20. O poder público poderá criar delegacias especializadas no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência.

§ 1º Na elaboração de suas propostas orçamentárias, as unidades da Federação alocarão recursos para manutenção de equipes multidisciplinares destinadas a assessorar as delegacias especializadas.

§ 2º Até a criação do órgão previsto no caput deste artigo, a vítima será encaminhada prioritariamente a delegacia especializada em temas de direitos humanos.

§ 3º A tomada de depoimento especial da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência observará o disposto no art. 14 desta Lei.

Ainda que se trate de normas programáticas – que se constituem de meras diretrizes para a atuação dos órgãos estatais – o verbo “deverá (ão)” evidencia um compromisso muito maior para o poder público.

O Capítulo IV, que se consubstancia de normas relacionadas à segurança pública, traz no artigo 21 medidas protetivas direcionadas à criança e adolescente (BRASIL, 2017):

Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

I - evitar o contato direto da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência com o suposto autor da violência;

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente;

III - requerer a prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência;

IV - solicitar aos órgãos socioassistenciais a inclusão da vítima e de sua família nos atendimentos a que têm direito;

V - requerer a inclusão da criança ou do adolescente em programa de proteção a vítimas ou testemunhas ameaçadas; e

VI - representar ao Ministério Público para que proponha ação cautelar de antecipação de prova, resguardados os pressupostos legais e as garantias previstas no art. 5º desta Lei, sempre que a demora possa causar prejuízo ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

A criança ou adolescente que estiverem em risco são asseguradas medidas protetivas, dentre as quais: evitar o contato direto da vítima ou testemunha com seu ofensor; afastamento cautelar do investigado para que ele não tenha contato com a vítima; requisição da prisão preventiva quando houver requisitos; inclusão da vítima ou testemunha em programas de atendimentos assistenciais e no programa de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, além de representação ao Ministério Público para propositura de ação cautelar de antecipação de prova.

Atina-se que o risco já é suficiente para que a criança ou adolescente seja beneficiário destas medidas protetivas. A lei não requer a comprovação de um fato concreto, bastando o perigo.

Insta sublinhar que a legislação traz o termo “requisitar”, quando a autoridade policial constatar que a vítima ou testemunha está em risco e requisita ao Juiz a concessão de medidas de proteção. Trata-se de um erro técnico de nomenclatura, uma vez que o delegado não “requisita” e sim “representa”. A requisição é privativa do Ministério Público.

Ainda em relação à segurança pública, o artigo 22 versa sobre a investigação policial, como segue: (BRASIL, 2017):

Art. 22. Os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu.

Significa dizer que a investigação policial empregará esforços necessários para a colheita de provas, de forma que o depoimento especial não seja o único meio probatório para a fase processual.

Do mesmo modo que a lei prevê a criação de delegacias especializadas (artigo 20), no âmbito judicial poderão ser criados Juizados ou Varas Especializadas, conforme artigo 23 (BRASIL, 2017):

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.
Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência

ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

Mais uma vez, o verbo “poderá” remete à ideia de faculdade e não dever. Nada obstante, o entendimento é que são normas programáticas, cuja efetividade depende de atos normativos do poder público, no prazo de 60 dias da vigência da lei: (BRASIL, 2017):

Art. 26. Cabe ao poder público, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado da entrada em vigor desta Lei, emanar atos normativos necessários à sua efetividade.

Já o prazo de adequação para os Estados, Distrito Federal e Municípios é de 180 dias, de acordo com sua respectiva competência: (BRASIL, 2017):

Art. 27. Cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrada em vigor desta Lei, estabelecer normas sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, no âmbito das respectivas competências.

Por conseguinte, o parágrafo único do artigo 23 versa que o juízo competente para estas causas – enquanto não houver implementação das varas e juízos especializados em crimes contra crianças e adolescentes – preferencialmente será da Justiça Especializada em violência doméstica e temas afins.

A Lei 13.431 também cria um novo tipo penal. O artigo 24 aduz que violar o sigilo do processo, tornando-o acessível a terceiros, é infração penal cuja pena de reclusão é de um a quatro anos: (BRASIL, 2017):

Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Cabe frisar que a conduta é atípica se houver autorização do juiz e do representante legal do menor. Também não há crime se a permissão de acesso a terceiros servir à persecução penal ou for ensejada por motivos de assistência à saúde física ou emocional da criança ou adolescente.

O objeto jurídico deste crime é o sigilo processual, a dignidade e integridade da criança ou adolescente.

O objeto material é o depoimento da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

Qualquer pessoa que, legalmente, tenha acesso aos autos pode ser o sujeito ativo do crime.

O sujeito passivo é o Estado e secundariamente a criança ou adolescente.

O artigo 24 da nova lei fala em “sigilo processual” e é omissivo durante a “fase do inquérito”. Portanto, pelo princípio da legalidade e da taxatividade não é permitido fazer uma interpretação extensiva *in malam partem*. Aplica-se, subsidiariamente, o artigo 325 do Código Penal para aquele que pratica o crime de violação de sigilo funcional durante o inquérito policial: (BRASIL, 1940):

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Além da criação de um novo crime, a lei também promove uma alteração no Estatuto da Criança e Adolescente, com a inserção do inciso XI de acordo com o artigo 25: (BRASIL, 2017):

Art. 25. O art. 208 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI:
“Art. 208.
.....
XI - de políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência.
.....” (NR)

O artigo 208 do Estatuto da Criança e Adolescente, inserido no Capítulo da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos, traz um rol de direitos assegurados à criança e ao adolescente, que se, não satisfeitos ou ameaçados, haverá intervenção do Poder Judiciário (BRASIL, 1990):

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:
I - do ensino obrigatório;
II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

- IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
- VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
- VII - de acesso às ações e serviços de saúde;
- VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.
- IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção. (Incluído pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide)
- XI - de políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência. (Incluído pela Lei nº 13.431, de 2018)

Destarte, as políticas públicas concebidas pela nova lei passam a fazer parte do rol do referido artigo, e, se violados, também poderão ser objeto de intervenção judicial.

A novel legislação também revogou o artigo 248 do ECA (BRASIL, 2017): “Art. 28. Revoga-se o art. 248 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).” O dispositivo revogado tinha a seguinte redação (BRASIL, 1990):

Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.

O artigo foi alvo de muitas críticas por incentivar a exploração do trabalho juvenil. Sugeria a legalização da situação da criança ou jovem que deixava o seio familiar para morar e trabalhar como empregado doméstico na residência de outra família.

Registra-se, por derradeiro, o último dispositivo trata da vacância da lei: (BRASIL, 2017): “Art. 29. Esta Lei entra em vigor após decorrido 1 (um) ano de sua publicação oficial.”

Sancionada pelo Presidente da República Michel Temer, a lei foi publicada em 4 de abril de 2017 e entrou em vigor em 05 de abril de 2018, após um ano de *vacatio legis*.

7.1 Decreto nº 9.603/2018 que regulamenta a Lei 13.431/2017

Em 10 de dezembro de 2018, o presidente Michel Temer promulgou o Decreto 9.603/2018 a fim de regulamentar o sistema de garantias à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência previsto pela Lei 13.431/2017.

Os primeiros artigos reafirmam o que a Doutrina da Proteção Integral, do Melhor Interesse do Menor e Princípio da Prioridade Absoluta preceituam. Senão vejamos: (BRASIL, 2018):

Art. 2º Este Decreto será regido pelos seguintes princípios:

I - a criança e o adolescente são sujeitos de direito e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e gozam de proteção integral, conforme o disposto no art. 1º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente;

II - a criança e o adolescente devem receber proteção integral quando os seus direitos forem violados ou ameaçados;

III - a criança e o adolescente têm o direito de ter seus melhores interesses avaliados e considerados nas ações ou nas decisões que lhes dizem respeito, resguardada a sua integridade física e psicológica;

IV - em relação às medidas adotadas pelo Poder Público, a criança e o adolescente têm preferência:

a) em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b) em receber atendimento em serviços públicos ou de relevância pública;

c) na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e

d) na destinação privilegiada de recursos públicos para a proteção de seus direitos;

V - a criança e o adolescente devem receber intervenção precoce, mínima e urgente das autoridades competentes tão logo a situação de perigo seja conhecida;

VI - a criança e o adolescente têm assegurado o direito de exprimir suas opiniões livremente nos assuntos que lhes digam respeito, inclusive nos procedimentos administrativos e jurídicos, consideradas a sua idade e a sua maturidade, garantido o direito de permanecer em silêncio;

VII - a criança e o adolescente têm o direito de não serem discriminados em função de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou regional, étnica ou social, posição econômica, deficiência, nascimento ou outra condição, de seus pais ou de seus responsáveis legais;

VIII - a criança e o adolescente devem ter sua dignidade individual, suas necessidades, seus interesses e sua privacidade respeitados e protegidos, incluída a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral e a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, das ideias, das crenças, dos espaços e dos objetos pessoais; e

IX - a criança e o adolescente têm direito de serem consultados acerca de sua preferência em serem atendido por profissional do mesmo gênero.

Entretanto, o decreto que regulamenta a Lei e que deveria ser um importante marco para a tutela dos direitos da criança e do adolescente carece de mais detalhamento e trouxe poucas novidades senão as disposições já previstas na

legislação. Os preceitos trazidos pelo decreto são mandamentos pouco concretos, a exemplo do exposto no artigo 3º (BRASIL, 2018):

Art. 3º O sistema de garantia de direitos intervirá nas situações de violência contra crianças e adolescentes com a finalidade de:

- I - mapear as ocorrências das formas de violência e suas particularidades no território nacional;
- II - prevenir os atos de violência contra crianças e adolescentes;
- III - fazer cessar a violência quando esta ocorrer;
- IV - prevenir a reiteração da violência já ocorrida;
- V - promover o atendimento de crianças e adolescentes para minimizar as sequelas da violência sofrida; e
- VI - promover a reparação integral dos direitos da criança e do adolescente.

Outrossim, delegar a edição de normas complementares conjuntamente para os Ministérios da Justiça, da Segurança Pública, da Educação, do Desenvolvimento Social, da Saúde e dos Direitos Humanos pode não surtir o efeito desejado (BRASIL, 2018):

Art. 31. Ato conjunto dos Ministros de Estado da Justiça, da Segurança Pública, da Educação, do Desenvolvimento Social, da Saúde e dos Direitos Humanos disporá, no prazo de noventa dias, contado da data de publicação deste Decreto, sobre as normas complementares necessárias à integração e à coordenação dos serviços, dos programas, da capacitação e dos equipamentos públicos para o atendimento da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Priorizar este tipo de técnica legislativa em que normas complementares vão sendo redigidas sucessivamente pode acarretar em pouca ou nenhuma efetividade à lei que se presta a assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

O artigo 6º do decreto, que trata da acessibilidade, também é um dispositivo que traz orientações genéricas sobre as adaptações que devem ser realizadas para atendimento dos menores (BRASIL, 2018):

Art. 6º A acessibilidade aos espaços de atendimento da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência deverá ser garantida por meio de:

- I - implementação do desenho universal nos espaços de atendimentos a serem construídos;
- II- eliminação de barreiras e implementação de estratégias para garantir a plena comunicação de crianças e adolescentes durante o atendimento;
- III - adaptações razoáveis nos prédios públicos ou de uso público já existentes; e
- IV - utilização de tecnologias assistivas ou ajudas técnicas, quando necessário.

O capítulo II do Decreto traz na Seção I normas regulamentadoras do sistema de garantia de direitos, no sentido de estabelecer uma ação conjunta e intersetorial para prevenção, atendimento, detecção de sinais de violência, proteção e acolhimento das vítimas e testemunhas de violência (BRASIL, 2018):

Art. 7º Os órgãos, os programas, os serviços e os equipamentos das políticas setoriais que integram os eixos de promoção, controle e defesa dos direitos da criança e do adolescente compõem o sistema de garantia de direitos e são responsáveis pela detecção dos sinais de violência.

Art. 8º O Poder Público assegurará condições de atendimento adequadas para que crianças e adolescentes vítimas de violência ou testemunhas de violência sejam acolhidos e protegidos e possam se expressar livremente em um ambiente compatível com suas necessidades, características e particularidades.

Art. 9º Os órgãos, os serviços, os programas e os equipamentos públicos trabalharão de forma integrada e coordenada, garantidos os cuidados necessários e a proteção das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, os quais deverão, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de publicação deste Decreto:

I - instituir, preferencialmente no âmbito dos conselhos de direitos das crianças e dos adolescentes, o comitê de gestão colegiada da rede de cuidado e de proteção social das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com a finalidade de articular, mobilizar, planejar, acompanhar e avaliar as ações da rede intersetorial, além de colaborar para a definição dos fluxos de atendimento e o aprimoramento da integração do referido comitê;

II - definir o fluxo de atendimento, observados os seguintes requisitos:

- a) os atendimentos à criança ou ao adolescente serão feitos de maneira articulada;
- b) a superposição de tarefas será evitada;
- c) a cooperação entre os órgãos, os serviços, os programas e os equipamentos públicos será priorizada;
- d) os mecanismos de compartilhamento das informações serão estabelecidos;
- e) o papel de cada instância ou serviço e o profissional de referência que o supervisionará será definido; e

III - criar grupos intersetoriais locais para discussão, acompanhamento e encaminhamento de casos de suspeita ou de confirmação de violência contra crianças e adolescentes.

§ 1º O atendimento intersetorial poderá conter os seguintes procedimentos:

I - acolhimento ou acolhida;

II - escuta especializada nos órgãos do sistema de proteção;

III - atendimento da rede de saúde e da rede de assistência social;

IV - comunicação ao Conselho Tutelar;

V - comunicação à autoridade policial;

VI - comunicação ao Ministério Público;

VII - depoimento especial perante autoridade policial ou judiciária; e

VIII - aplicação de medida de proteção pelo Conselho Tutelar, caso necessário.

§ 2º Os serviços deverão compartilhar entre si, de forma integrada, as informações coletadas junto às vítimas, aos membros da família e a outros sujeitos de sua rede afetiva, por meio de relatórios, em conformidade com o fluxo estabelecido, preservado o sigilo das informações.

§ 3º Poderão ser adotados outros procedimentos, além daqueles previstos no § 1º, quando o profissional avaliar, no caso concreto, que haja essa necessidade.

Insta salientar que apenas a regulamentação é insuficiente para dar a efetividade necessária à Lei 13.431. Apenas a integração total entre os programas, órgãos e profissionais de diferentes áreas, sejam do Judiciário, da Polícia, da Saúde, da Assistência Social, da Psicologia, da Educação, será capaz de conferir efetividade à ampla rede de proteção dos infantes.

As seções II e III descrevem os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial. Eles não se confundem, uma vez que a escuta especializada tem a natureza de acolhimento e proteção da criança ou adolescente submetidos à violência, seja na condição de vítima ou de testemunha. Ela não tem a finalidade de produção de prova. (BRASIL, 2018):

Art. 19. A escuta especializada é o procedimento realizado pelos órgãos da rede de proteção nos campos da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, com o objetivo de assegurar o acompanhamento da vítima ou da testemunha de violência, para a superação das consequências da violação sofrida, limitado ao estritamente necessário para o cumprimento da finalidade de proteção social e de provimento de cuidados.

§ 4º A escuta especializada não tem o escopo de produzir prova para o processo de investigação e de responsabilização, e fica limitada estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade de proteção social e de provimento de cuidados.

Já o depoimento especial é realizado perante a autoridade policial ou judiciária com o escopo de produção de prova para o processo. Importante frisar que o objetivo principal é evitar a violência institucional e a revitimização, sempre se respeitando a vontade da criança ou adolescente falar, sua idade e condição psicológica (BRASIL, 2018):

Art. 22. O depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária com a finalidade de produção de provas.

§ 1º O depoimento especial deverá primar pela não revitimização e pelos limites etários e psicológicos de desenvolvimento da criança ou do adolescente.

§ 2º A autoridade policial ou judiciária deverá avaliar se é indispensável a oitiva da criança ou do adolescente, consideradas as demais provas existentes, de forma a preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social.

§ 3º A criança ou o adolescente serão respeitados em sua iniciativa de não falar sobre a violência sofrida.

Tanto a escuta especializada como o depoimento especial devem ser conduzidos por profissionais capacitados. E o artigo 26 vem reforçar a ideia de que a proteção aos direitos da criança, sobretudo sua dignidade e seu bem estar emocional devem prevalecer sobre a produção de provas a qualquer custo (BRASIL, 2018):

Art. 26. O depoimento especial deverá ser conduzido por autoridades capacitadas, observado o disposto no art. 27, e realizado em ambiente adequado ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

§ 1º A condução do depoimento especial observará o seguinte:

I - os repasses de informações ou os questionamentos que possam induzir o relato da criança ou do adolescente deverão ser evitados em qualquer fase da oitiva;

II - os questionamentos que atentem contra a dignidade da criança ou do adolescente ou, ainda, que possam ser considerados violência institucional deverão ser evitados;

III - o profissional responsável conduzirá livremente a oitiva sem interrupções, garantida a sua autonomia profissional e respeitados os códigos de ética e as normas profissionais;

IV - as perguntas demandadas pelos componentes da sala de observação serão realizadas após a conclusão da oitiva;

V - as questões provenientes da sala de observação poderão ser adaptadas à linguagem da criança ou do adolescente e ao nível de seu desenvolvimento cognitivo e emocional, de acordo com o seu interesse superior; e

VI - durante a oitiva, deverão ser respeitadas as pausas prolongadas, os silêncios e os tempos de que a criança ou o adolescente necessitarem.

§ 2º A oitiva deverá ser registrada na sua íntegra desde o começo.

§ 3º Em casos de ocorrência de problemas técnicos impeditivos ou de bloqueios emocionais que impeçam a conclusão da oitiva, ela deverá ser reagendada, respeitadas as particularidades da criança ou do adolescente.

Bem verdade, a iniciativa legislativa tanto da lei objeto deste trabalho, quanto do decreto regulamentador, é primorosa, não esbarrasse no mesmo problema que tantos outros dispositivos de nosso ordenamento. O artigo 27 trata da capacitação profissional de todos os envolvidos (BRASIL, 2018):

Art. 27. Os profissionais do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência participarão de cursos de capacitação para o desempenho adequado das funções previstas neste Decreto, respeitada a disponibilidade orçamentária e financeira dos órgãos envolvidos.

Parágrafo único. O Poder Público criará matriz intersetorial de capacitação para os profissionais de que trata este Decreto, considerados os documentos e os atos normativos de referência dos órgãos envolvidos.

A inaptidão técnica da equipe que fará parte do sistema de direitos e garantias infanto-juvenis, a falta de profissionais, a ausência ou dificuldade de adaptações estruturais e, principalmente, a deficiência orçamentária são entraves para a implementação da nova lei de forma ideal.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual atinente a sua função, não devem medir esforços a fim de evitar que a ineficiência do Estado prejudique o cumprimento da Lei 13.431/17 e o atendimento aos princípios de proteção à criança e ao adolescente.

8 DIREITO COMPARADO

Há quem defenda que o relato da vítima poderia ser dispensável, a fim de resguardá-la e não revitimizá-la. Contudo, no caso de crianças e adolescentes, essa dispensa pode ser entendida como desinteresse em ouvir sobre determinado abuso ou violência, o que pode acarretar a “síndrome da adaptação”, que consiste na situação em que a vítima se adapta ao ambiente abusivo e passa a acreditar que a violência que sofre é normal.

O depoimento da vítima criança ou adolescente é, muitas vezes, senão a única, a principal prova do processo, seja pela ausência de testemunhas ou ausência de lesões visíveis que ocasionam laudos periciais inconclusivos para a comprovação do fato. Dispensar o depoimento de um menor pode, inevitavelmente, favorecer a injustiça.

Diversas normas internacionais determinam respeitar o interesse da criança, como descrito nos capítulos referentes aos princípios, e ainda, respeitar a sua opinião independentemente de sua idade e maturidade.

A Convenção sobre Direitos da Criança, da ONU em 1990, descreve em seu art. 12, parágrafo 2º, a garantir ao direito da criança ser ouvida e que a sua opinião seja levada em consideração em “todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

Esse princípio é comumente utilizado nas Varas de Família, ou seja, no âmbito cível, em que a opinião da criança é levada em consideração para processos de adoção, guarda e até visitas. Neste diapasão, nada impede que o mesmo possa ser utilizado no âmbito criminal, para auxiliar na produção de provas judiciais.

Além disso, nos casos da violência intrafamiliar o depoimento da criança pode ocasionar uma drástica mudança em seu âmbito familiar, como a condenação ou não do agressor, alteração da guarda, perda do poder familiar, entre outros.

Em 25 de maio de 2000, a Assembleia das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança, reconhecendo a necessidade de proteção àquelas vítimas e testemunhas em todas as fases do processo criminal, sendo dever do Estado informar àquelas seus direitos, considerar

suas opiniões, dar-lhe o devido apoio e proteger sua privacidade e segurança durante o processo.

Na mesma linha, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através da Resolução n. 20/2005 (ECOSOC, 2005), reconhece a criança como testemunha e passível de prestar depoimentos nos casos de violência, de forma a valorizar sua palavra e sua dignidade.

Uma obra intitulada “Depoimento sem medo (?) Culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes” traz importantes contribuições para o tema.

A publicação apresenta abundante pesquisa e estatísticas que descrevem as práticas alternativas de inquirição, oitiva e escuta de menores em processos criminais em 25 países, espalhados nos cinco continentes.

América do Sul (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai e Peru) e Europa (Espanha, Escócia, França, Inglaterra, Lituânia, Noruega e Suécia) estão empatados, representando 28% das práticas alternativas de escuta e depoimento especial. O continente asiático (Índia, Israel, Jordânia e Malásia) representa 16%.

As primeiras experiências são muito recentes, datando da década de 80 e implementadas em Israel, Canadá e Estados Unidos (SANTOS, 2008, p. 34/35):

É interessante observar que os países pioneiros iniciaram a busca de métodos alternativos de não-revitimização de crianças e adolescentes vítimas de violência (abuso e exploração sexual) antes mesmo da aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, um marco legal impulsionador de ações de defesa dos direitos da criança no mundo. A implantação das práticas de depoimento especial apresentou crescimento em ritmo lento até o ano de 2000 e uma aceleração de lá para cá. O número de experiências praticamente quadruplicou na primeira década do século XXI. Na América Latina, o marco de implantação de experiências de tomada de depoimento especial foi a ocorrência na Argentina, em que pese o fato de a legislação que regulamenta esta modalidade de depoimento naquele país ter sido aprovada em 2004, um ano após a implantação da primeira sala de depoimento especial na Região Sul do Brasil.

A pesquisa descreve a prática de oitiva especial iniciada por volta da década de 1980 em Israel, Canadá e Estados Unidos, com um crescimento consideravelmente lento até 2000, acelerando o crescimento de forma surpreendente, desde então.

Ainda, frisa-se que as experiências na Inglaterra e na Argentina têm sido as mais disseminadas nos países de idioma inglês ou países de língua espanhola, respectivamente.

Observando-se os frutos desse depoimento, em 2011, o Parlamento Europeu juntamente com o Conselho da Europa editou a Diretiva 2011/92/EU, com específicas recomendações para o depoimento especial de crianças e adolescentes.

Com esse incentivo, a América Latina começou a desenhar o mesmo caminho, iniciando na Argentina, em 2003, através de uma Lei Federal nº 25.852/2003 regulamentou a situação da oitiva especial para o menor.

Na Inglaterra, que é um dos países pioneiros no uso de tecnologia de videogravação para a produção de provas judiciais, o procedimento consiste em ser um meio de escuta protegida para dar voz às crianças, evitar a vitimização secundária e obstar a impunidade do agressor por insuficiência probatória. No Reino Unido, a recomendação é que a vítima seja ouvida o mais próximo possível da notificação do crime, durante a fase inquisitorial, por profissional tecnicamente capacitado e sob a supervisão do *Crown Prosecution Service (CPS)* – que é o Ministério Público inglês.

As salas (*interview video suite*) são equipadas com circuito fechado de TV (CCTV ou, em inglês, “*closed circuit television*”), com câmeras posicionadas em diferentes ângulos para tornar o relato o mais fiel possível. No ambiente permanecem apenas o depoente e o entrevistador. Em um recinto separado ficam o técnico responsável pela gravação, o representante do Ministério Público e algum familiar da criança que assistem o depoimento por meio de videoconferência.

De acordo com os autores Benedito Rodrigues dos Santos e Itamar Batista Gonçalves as salas são preparadas para receber o menor de forma acolhedora e amigável (SANTOS & GONÇALVES, 2008, p. 54):

A tomada de depoimento especial ocorre em salas especiais, instaladas em algumas unidades da polícia e em alguns edifícios das cortes de justiça. No caso das unidades policiais, as salas de entrevista são instaladas em edifícios apropriados, fora das chamadas police stations (delegacias), com ambiente mais agradável e amigável para as crianças e os adolescentes. As salas são climatizadas, possuem tapetes especiais e janelas herméticas que visam impedir qualquer interferência de ruídos externos. Há um especial cuidado de que estas salas tenham agradável iluminação, cores claras, mobiliário confortável e brinquedos que não sejam anatômicos nem violentos ou que tenham qualquer dispositivo sonoro. Esses brinquedos são utilizados como último recurso a ser adotado pelo entrevistador quando há demonstração de uma possível situação vivenciada por parte do

entrevistado para que não sirvam de distração. No interior da sala, há geralmente dois sofás, um com dois assentos e outro com um, no qual normalmente a criança vítima/testemunha presta seu depoimento.

Vale lembrar que a criança ou adolescente e os familiares são esclarecidos sobre os motivos da realização da entrevista; esclarecimentos sobre os profissionais que a realizam ou que ficam instalados nas salas de controle; e que durante o procedimento pode ocorrer interrupção via interfone de forma a assegurar que todos os questionamentos tenham sido realizados.

Outra recomendação fundamental é que, primordialmente, a vítima deve ser ouvida naquilo que tem que para falar espontaneamente, e somente após este momento, sejam iniciados os questionamentos (SANTOS; GONÇALVES, 2008, p. 55):

Segundo orientações do protocolo *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Vulnerable or Intimidated Witnesses, including Children – CPS* (entrevistas para evidências), utilizado pelos policiais, o contato inicial com a criança/testemunha deve ser realizado por meio de uma escuta atenta à criança antes de questioná-la diretamente. Tendo como base as técnicas de entrevista cognitiva (EC), são utilizadas, preferencialmente, perguntas abertas para não induzir a criança e/ou o adolescente. O protocolo também determina que a criança nunca seja interrompida quando naturalmente se reporta a eventos significativos. Espera-se, ainda, que o policial entrevistador desenvolva habilidades de entrevista adequadas à idade evolutiva da criança e/ou do adolescente, atuando como facilitador do relato da violência vivenciada e/ou testemunhada. Alguns fatores devem ser também observados pelo entrevistador, tais como: necessidades especiais, habilidades cognitivas do declarante, como memória, atenção, etc. É recomendado, de forma expressa, que o entrevistador não faça anotações durante a entrevista.

Durante a fase processual na Inglaterra, o procedimento é similar. A diferença mais significativa é que as salas não são mais instaladas nas delegacias, mas sim nos Tribunais de Justiça. Em sede processual, poderão ser usados como prova o depoimento gravado durante a fase de inquérito; ou o depoimento transmitido por meio de videoconferência; ou ainda o depoimento na sala de audiência com a utilização de uma tela para impedir o contato visual da vítima com o acusado. Neste sentido (SANTOS & GONÇALVES, 2008, p. 55):

Qualquer que seja o procedimento adotado, entrevista gravada ou por videoconferência, nesta fase, o depoimento especial será assistido pelo juiz, agente do Ministério Público e defensor do imputado, que validarão ou não o depoimento como prova.

Isto posto, o procedimento além de proteger a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, também assegura que não haja violação ao direito de defesa do acusado.

A legislação inglesa, por meio da *Criminal Justice Act 1991*, desde a década de 90, admite a gravação em vídeo do depoimento de crianças que sejam testemunhas de crimes conforme disposto na Seção 54, do Capítulo III *Video Recordings of testimony from children witness* (UNITED KINGDOM, 1991):

After section 32 of the 1988 Act (evidence through television links) there shall be inserted the following section—

32A“ Video recordings of testimony from child witnesses.

(1)This section applies in relation to the following proceedings, namely—

- (a)trials on indictment for any offence to which section 32(2) above applies;
- (b)appeals to the criminal division of the Court of Appeal and hearings of references under section 17 of the Criminal Appeal Act 1968 in respect of any such offence; and
- (c)proceedings in youth courts for any such offence and appeals to the Crown Court arising out of such proceedings.

(2)In any such proceedings a video recording of an interview which—

- (a)is conducted between an adult and a child who is not the accused or one of the accused (“the child witness”); and
- (b)relates to any matter in issue in the proceedings,may, with the leave of the court, be given in evidence in so far as it is not excluded by the court under subsection (3) below.

(3)Where a video recording is tendered in evidence under this section, the court shall (subject to the exercise of any power of the court to exclude evidence which is otherwise admissible) give leave under subsection (2) above unless—

- (a)it appears that the child witness will not be available for cross-examination;
- (b)any rules of court requiring disclosure of the circumstances in which the recording was made have not been complied with to the satisfaction of the court; or
- (c)the court is of the opinion, having regard to all the circumstances of the case, that in the interests of justice the recording ought not to be admitted;and where the court gives such leave it may, if it is of the opinion that in the interests of justice any part of the recording ought not to be admitted, direct that that part shall be excluded.

(4)In considering whether any part of a recording ought to be excluded under subsection (3) above, the court shall consider whether any prejudice to the accused, or one of the accused, which might result from the admission of that part is outweighed by the desirability of showing the whole, or substantially the whole, of the recorded interview.

(5)Where a video recording is admitted under this section—

- (a)the child witness shall be called by the party who tendered it in evidence;
- (b)that witness shall not be examined in chief on any matter which, in the opinion of the court, has been dealt with in his recorded testimony.

(6)Where a video recording is given in evidence under this section, any statement made by the child witness which is disclosed by the recording shall be treated as if given by that witness in direct oral testimony; and accordingly—

- (a)any such statement shall be admissible evidence of any fact of which such testimony from him would be admissible;

(b) no such statement shall be capable of corroborating any other evidence given by him; and in estimating the weight, if any, to be attached to such a statement, regard shall be had to all the circumstances from which any inference can reasonably be drawn (as to its accuracy or otherwise).

(7) In this section “child” means a person who—

(a) in the case of an offence falling within section 32(2)(a) or (b) above, is under fourteen years of age or, if he was under that age when the video recording was made, is under fifteen years of age; or

(b) in the case of an offence falling within section 32(2)(c) above, is under seventeen years of age or, if he was under that age when the video recording was made, is under eighteen years of age.

(8) Any reference in subsection (7) above to an offence falling within paragraph (a), (b) or (c) of section 32(2) above includes a reference to an offence which consists of attempting or conspiring to commit, or of aiding, abetting, counselling, procuring or inciting the commission of, an offence falling within that paragraph.

(9) In this section—

“statement” includes any representation of fact, whether made in words or otherwise;

“video recording” means any recording, on any medium, from which a moving image may by any means be produced and includes the accompanying sound-track.

(10) A magistrates’ court inquiring into an offence as examining justices under section 6 of the Magistrates’ Courts Act 1980 may consider any video recording as respects which leave under subsection (2) above is to be sought at the trial, notwithstanding that the child witness is not called at the committal proceedings.

(11) Without prejudice to the generality of any enactment conferring power to make rules of court, such rules may make such provision as appears to the authority making them to be necessary or expedient for the purposes of this section.

(12) Nothing in this section shall prejudice the admissibility of any video recording which would be admissible apart from this section.”¹

¹ Após a seção 32 da Lei de 1988 (provas através de links de televisão), deve ser inserido o seguinte parágrafo

32A “Gravações em vídeo de testemunhos de crianças-testemunhas.

(1) Esta seção aplica-se aos seguintes procedimentos,

(a) julgamentos sobre a acusação por qualquer crime a que se aplica a seção 32 (2) acima;

(b) recursos para a divisão criminal do Tribunal de Apelação e audiências de referências sob a seção 17 da Lei de Apelação Criminal de 1968 com relação a qualquer delito; e

(c) processos em tribunais de jovens por qualquer delito e recursos para o Tribunal da Coroa decorrentes de tais procedimentos.

(2) Em qualquer desses procedimentos, uma gravação em vídeo de uma entrevista que—

(a) é conduzido entre um adulto e uma criança que não é o acusado ou um dos acusados (“a criança testemunha”); e

(b) se refere a qualquer questão em questão no processo, pode, com a licença do tribunal, ser dado em evidência, na medida em que não é excluída pelo tribunal nos termos da subseção (3) abaixo.

(3) Quando uma gravação em vídeo for apresentada como prova sob esta seção, o tribunal deverá (sujeito ao exercício de qualquer poder do tribunal para excluir evidência que seja de outra forma admissível) conceder licença sob a subseção (2) acima a menos que—

(a) parece que a criança testemunha não estará disponível para interrogatório;

(b) quaisquer regras do tribunal que exijam a divulgação das circunstâncias em que a gravação foi feita não tenham sido cumpridas a contento do tribunal; ou

(c) O tribunal é de opinião, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, que, no interesse da justiça, a inscrição não deve ser admitida e, se o tribunal der tal licença, pode, se for do seu entendimento; que, no interesse da justiça, qualquer parte da gravação não deve ser admitida, direto que essa parte deve ser excluída.

(4) Ao considerar se alguma parte de uma gravação deve ser excluída sob a subseção (3) acima, o tribunal deve considerar se qualquer prejuízo ao acusado, ou a um dos acusados, que possa resultar

Além de admitir a gravação do depoimento da criança ou adolescente, as autoridades inglesas chegaram à conclusão de que a entrevista, como se trata de produção de provas, deve ser conduzida por policial devidamente capacitado (SANTOS; GONÇALVES, 2008, p. 58):

Existe no Reino Unido um reconhecimento de que nenhum tipo de profissional está completamente preparado para conduzir as entrevistas apenas com a sua formação acadêmica. Por essas razões, as instituições policiais e tribunais mantêm cursos sistemáticos de capacitação em entrevistas forenses para policiais, assistentes sociais e agentes do Ministério Público de modo geral. Vale ressaltar que no início da implantação dessa metodologia, algumas assistentes sociais realizavam entrevistas. Contudo, ao longo da experiência, como se tratavam de entrevistas para evidências, pode-se constatar que, pelas características específicas do trabalho do serviço social, tornou-se recorrente que detalhes

da admissão daquela parte é superado, pela conveniência de mostrar o todo, ou substancialmente o todo, da entrevista gravada.

(5) Onde uma gravação de vídeo é admitida sob esta seção—

a) A criança testemunha é chamada pela parte que a apresentou como prova;

(b) essa testemunha não será examinada em chefe sobre qualquer assunto que, na opinião do tribunal, tenha sido tratado em seu testemunho registrado.

(6) Quando uma gravação em vídeo for apresentada como evidência sob esta seção, qualquer declaração feita pela criança-testemunha que seja revelada pela gravação será tratada como se dada por aquela testemunha em depoimento oral direto; e conseqüentemente

(a) qualquer declaração desse tipo será uma prova admissível de qualquer fato de que tal depoimento seja admissível;

(b) nenhuma declaração deve ser capaz de corroborar qualquer outra evidência dada por ele, e em estimar o peso, se houver, a ser anexado a tal afirmação, deve-se ter em conta todas as circunstâncias das quais qualquer inferência pode ser razoavelmente desenhada (quanto à sua precisão ou não).

(7) Nesta seção, “criança” significa uma pessoa que

(a) no caso de uma infração abrangida pela seção 32 (2) (a) ou (b) acima, ter menos de catorze anos de idade ou, se ele estava abaixo dessa idade quando a gravação de vídeo foi feita, ter menos de quinze anos de idade; ou

(b) no caso de uma infração abrangida pela seção 32 (2) (c) acima, ter menos de dezassete anos de idade ou, se estivesse abaixo dessa idade quando a gravação de vídeo foi feita, ter menos de dezoito anos de idade.

(8) Qualquer referência na subseção (7) acima a um delito abrangido pelo parágrafo (a), (b) ou (c) do parágrafo 32 (2) acima inclui uma referência a um delito que consiste em tentar ou conspirar para cometer, ou de ajudar, encorajar, aconselhar, obter ou incitar a prática de uma ofensa que se enquadre nesse parágrafo.

(9) Nesta seção—

“Declaração” inclui qualquer representação de fato, seja em palavras ou de outra forma;

“Gravação de vídeo” significa qualquer gravação, em qualquer meio, a partir da qual uma imagem em movimento pode, por qualquer meio, ser produzida e inclui a trilha sonora em anexo.

(10) Um tribunal de magistrados que investigue uma infração como juiz de julgamento nos termos da seção 6 da Lei dos Tribunais de Magistrados de 1980 pode considerar qualquer gravação de vídeo como os aspectos que saem da subseção (2) acima devem ser procurados no julgamento, apesar de criança testemunha não é chamado no processo de compromisso.

(11) Sem prejuízo da generalidade de qualquer emenda que atribua poderes para estabelecer regras de tribunal, tais regras podem fazer tal provisão que pareça à autoridade que as torne necessárias ou convenientes para os fins desta seção.

(12) Nada nesta seção prejudicará a admissibilidade de qualquer gravação em vídeo que seja admissível além desta seção.” (TRADUÇÃO NOSSA)

importantes para a investigação policial passassem despercebidos. A partir dessa experiência, para que houvesse maior admissibilidade legal das entrevistas videogravadas com crianças testemunhas, foi decidido que somente policiais devidamente treinados, com capacitação em técnica de entrevistas investigativas-cognitivas realizassem as entrevistas videogravadas. Neste sentido, existe atualmente no Reino Unido um procedimento oficial de capacitação em entrevistas com crianças vítimas de violência, especialmente destinado a policiais, para que estes “não saiam pisoteando sobre as provas”.

Já no continente americano, a Argentina tem uma experiência de investigação forense que consiste na utilização da câmara *Gesell*. Traduz-se em dois ambientes separados por um espelho unidirecional, normalmente instalados no prédio do Ministério Público. Na sala que abriga a vítima ou testemunha de violência não é possível enxergar através do espelho e há câmara e microfone para gravação da imagem e voz do depoente. A outra sala funciona como uma grande vitrine para observação do comportamento da criança e, além de monitores de vídeo há mesas e cadeiras para acomodar os profissionais técnicos e do Judiciário.

O procedimento chamado de *toma de declaraciones testimoniales en menores de edad* foi abarcado pela legislação argentina no ano de 2004, sendo que a Lei Federal nº 25.852 incorporou o artigo 250 bis no *Código Procesal Penal de la Nación Argentina* (ARGENTINA, 1991):

Art. 250 Bis. - Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban; 59 d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.852 B.O. 8/1/2004)²

² Art. 250 Bis. - No caso das vítimas dos delitos estabelecidos no Código Penal, o livro II, título I, capítulo II e título III, que na data em que sua apresentação era requerida, não atingiram a idade de 16 anos, serão seguidas as seguintes: Procedimento: a) Os menores referidos serão entrevistados

Diferentemente da Inglaterra cujo procedimento é realizado por policiais devidamente capacitados, na Argentina, o depoimento é tomado apenas por psicólogos capacitados em Psicologia Jurídica e Técnicas de Exploração Cognitivas/Investigativas e que, obrigatoriamente, devem seguir um protocolo indicativo para entrevistar vítimas menores de dezesseis anos ou que tenham sofrido abuso sexual.

A proposta da utilização da Câmara *Gesell* é, justamente, evitar a revitimização, pois o depoimento deve ser colhido uma única vez durante a fase de investigação. O material audiovisual gravado constitui prova válida para todas as fases processuais seguintes, inclusive em sede de produção de prova antecipada. Todavia, se as orientações procedimentais não forem seguidas à risca, o magistrado ou defensor do acusado podem inadmitir a prova.

Nada obstante, a lei que incorporou o procedimento é legislação federal, válida para a Justiça Federal e para a província de Buenos Aires. Sendo assim, cada jurisdição tem competência para editar a sua própria legislação. Outras províncias já aderiram e a expectativa é que todas as 23 acompanhem a capital (SANTOS; GONÇALVES, 2008, p. 60):

As Câmaras *Gesell* estão originalmente instaladas nas sedes do Ministério Público Fiscal que, embora autônomo, faz parte do Poder Judicial. Atualmente, das 23 províncias argentinas, 13 já reconhecem a constitucionalidade da Câmara *Gesell* e vêm implantando essa modalidade de intervenção judicial de forma crescente com a perspectiva de proteção da criança vítima, esperando-se que haja adesão nacional.

O procedimento na Argentina também é inspiração para outros países latinos.

apenas por um psicólogo especializado em crianças e / ou adolescentes nomeados pelo tribunal que ordena a medida e, em nenhuma circunstância, poderão ser interrogados diretamente pelo referido tribunal ou pelas partes; b) O ato será realizado em um gabinete equipado com os implementos adequados à idade e ao estágio de desenvolvimento da criança; c) Dentro do prazo estabelecido pelo tribunal, o profissional atuante apresentará um relatório detalhado com as conclusões alcançadas; 59 d) A pedido de uma das partes ou se o tribunal assim o dispuser, as alternativas do acto podem ser seguidas do exterior das instalações através de vidro espelhado, microfone, equipamento de vídeo ou qualquer outro meio técnico disponível. Nesse caso, antes do início do evento, o tribunal irá informar o profissional responsável das preocupações entrevista levantadas pelas partes, bem como aquelas que surgem durante o curso do evento, que será canalizado tendo em conta as características do evento e o estado emocional da criança. No caso de atos de reconhecimento de lugares e / ou coisas, o menor será acompanhado pelo profissional indicado pelo tribunal, e em nenhum caso o acusado estará presente. (Artigo incorporado pelo artigo 1 da Lei n ° 25.852, Bd. 8/1/2004) (TRADUÇÃO NOSSA)

9 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O ACUSADO

A nossa Carta Magna traz consigo um rol de princípios que garantem a manutenção da justiça social para todo e qualquer cidadão, com a finalidade de servir à democracia e à cidadania. Se por um lado carrega no texto de seu bojo vários direitos à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, por outro lado, também prevê garantias ao acusado quando esse figura no polo passivo de uma ação penal.

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 estabelece o devido processo legal, traduzido do inglês *Due Process of Law*, de que (BRASIL, 1988) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal é classificado como um princípio norteador de todos os demais princípios processuais e se traduz em uma garantia constitucional ampla de que o réu tem o direito a um processo justo, devido e com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do tratamento paritário dos sujeitos processuais e a publicidade dos atos daquele processo. Para Tourinho Filho (2010, p. 571):

O devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta real entre o acusado e o acusador. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, e as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus.

É cognoscível o pensamento de que se não existe uma igualdade entre as partes no processo não há possibilidade de se falar de justiça.

Derivado do supra princípio do devido processo legal decorrem as garantias do contraditório e da ampla defesa, também expressas no mesmo artigo 5º, LV da Constituição Federal que assegura (BRASIL, 1988): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Neste sentido, a norma constitucional assegura a bilateralidade dos atos processuais e o livre exercício do direito de defesa, pois o acusado passa a ter ciência da imputação que lhe é dirigida, tendo direito a se defender das provas trazidas pela acusação.

Vale lembrar que nosso ordenamento jurídico admite o contraditório em diferentes momentos processuais, seja ele real/imediato ou postergado/diferido. No contraditório real, a produção de provas é realizada imediatamente com a participação das partes, como, por exemplo, durante a oitiva testemunhal. Já no contraditório diferido não há uma produção imediata de provas. A produção probatória ocorre antecipadamente para posteriormente se estabelecer o contraditório, a exemplo de provas urgentes como o exame de corpo de delito.

Entretanto, não se pode descartar a possibilidade de resistência dos operadores do Direito ao confrontar a utilização do depoimento da criança e do adolescente realizado durante o inquérito policial com o artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Salvo as provas cautelares, que não podem ser repetidas e as antecipadas, é cediço que existe vedação ao juiz para que forme seu convencimento única e exclusivamente com provas colhidas durante a fase inquisitorial, pois, neste momento, não teriam se estabelecido o contraditório e ampla defesa para o investigado.

Nada obstante, é fato que o depoimento da criança ou do adolescente tem força para amparar uma condenação, mas as autoridades policiais devem se empenhar para que o depoimento do menor não seja o único meio de prova do processo, conforme disciplina o artigo 22 da Lei 13.431/17 (BRASIL, 2017): “os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu”.

Imprescindível ressaltar que a nova lei que propõe a escuta especializada e o depoimento especial não violam o direito de defesa do acusado. Ao contrário, abre-se a possibilidade de contradizer e contestar todos os pontos expostos pela vítima ou testemunha.

O que a *mens legis* pretende é evitar o confronto cara a cara entre a vítima já fragilizada e o acusado em juízo, fazendo-a reviver traumas, momentos dolorosos e medo. Portanto, são pertinentes as deliberações propostas para a

produção antecipada de prova; transmissão do depoimento especial em tempo real para a sala de audiência; escuta por meio de equipe multidisciplinar; frustração do contato visual entre vítima e acusado e recomendação de esforços investigativos para que outros meios de provas, que não só a palavra da criança, sejam apensados aos autos.

10 ASPECTO PSICOLÓGICO

Apontadas as particularidades técnicas e jurídicas acerca da implantação e prática da escuta especializada é importante, também, delinear os aspectos psicológicos que norteiam a proposta da nova lei.

É indubitável a pretensão do legislador em proteger a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência ao criar dispositivos que viabilizem a produção probatória de maneira mais humanizada, minimizando os danos e sem violar os ditames constitucionais.

Por outro lado, existe um embate travado entre os profissionais do Direito, da Psicologia e do Serviço Social, pois a linha que separa as competências de cada área é muito tênue, e diante de casos concretos, acabam por se confundir ou até se fundir.

Alguns estudiosos, como a professora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro Esther Maria de Magalhães Arantes (2007 apud ANDREOTTI, 2012, p. 111) acreditam que exista um “mal estar entre os psicólogos que atuam no campo jurídico”. Segundo a pesquisadora ela argumenta que o psicólogo:

Está sendo designado para atuar de maneira conflitante com sua formação profissional, pois não está sendo chamado para desenvolver uma prática *psi* propriamente dita, e sim para realizar uma função de “duplo”, de mero instrumento ou “boca humanizada” do juiz.

Outras correntes divergem, pois entendem que polemizar sobre os posicionamentos favoráveis ou contrários não resolve o problema e ainda enfraquece as propostas sobre o tema.

O que se espera é que o surgimento desta lei no ordenamento jurídico brasileiro aproxime profissionais de diferentes áreas de atuação e reúna esforços para o enfrentamento da revitimização.

Até então, as crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência eram ouvidos por profissionais sem conhecimento técnico e preparo para lidar com uma situação tão delicada.

A orientação é que a criança e o adolescente sejam respeitados em sua dignidade e integridade psíquica, e não sejam considerados meros instrumentos

de obtenção de provas em busca da verdade real. Humanizar o procedimento e evitar novos traumas é a essência da legislação.

Antes mesmo da edição da lei já havia alguns indicativos de que a atuação do Judiciário era pautada por orientações no sentido de humanizar a inquirição dos menores. Na maioria das vezes, o depoimento era realizado por Juízes sem técnica alguma. Portanto, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) inseriu como matéria obrigatória a metodologia do depoimento especial para crianças e adolescentes.

Segundo o promotor de Justiça do Paraná Murillo José Digiácomo e o analista do Ministério Público de São Paulo Eduardo Digiácomo, no trabalho Comentários à Lei nº 13.431/2017 publicado em cartilha do Ministério Público do Paraná (MPPR, 2018, p.6):

A ideia básica é erradicar, de uma vez por todas, o amadorismo no atendimento dessa complexa e difícil demanda, agilizando e tornando mais eficiente a atuação dos órgãos de repressão e proteção, buscando a responsabilização dos autores de violência na esfera criminal, sem causar danos colaterais às vítimas ou testemunhas. (MPPR, 2018)

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) descreve uma diferença entre o procedimento de escuta especializada e a inquirição utilizada nos casos diversos. O referido órgão entende que (CFP, 2010):

a inquirição é um meio específico do contexto jurídico, caracterizando-se por ser um interrogatório, o qual visa elucidar os fatos através do depoimento, procurar a produção de provas e a verdade real, sendo as perguntas direcionadas à criança e ao adolescente vítima de violência através do psicólogo e conforme a necessidade do processo judicial. Já a escuta, por sua vez, é descrita como um processo de cuidado, onde se respeita o tempo de cada indivíduo, levando em conta os aspectos subjetivos, estando atento, ouvindo, dando atenção e acolhendo.

Após diversos debates sobre a regulamentação, procedimentos e formas de se executar a escuta especializada, o Conselho Federal de Psicologia publicou em 2010 a Resolução nº 010/2010, tendo em seu artigo 2º a seguinte redação:

A regulamentação de Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes dispõe sobre os seguintes itens: Princípios norteadores da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção; Marcos referenciais para a Escuta de

Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção; Referenciais técnicos para o exercício profissional da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção (CFP, 2010, p. 1).

Tal resolução foi responsável por nortear a atuação dos psicólogos no âmbito judicial, envolvendo os processos de escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas de violência.

Recomendou-se, então, a especial maneira de atuação do psicólogo, considerando a infância e a adolescência como construções históricas, sociais e culturais, e o entendimento de que a violência é um instituto complexo e de múltiplos fatores que necessitam de atendimento específico.

Um dos marcos dessa Resolução é que ela aponta que a escuta psicológica (CFP, 2010):

consiste em oferecer espaço e tempo para as diversas maneiras de expressão da criança. Com base nisso, o psicólogo deveria realizar o acolhimento, a partir da análise contextual da demanda, respeitando o direito da criança e adolescente. Também, necessariamente, o psicólogo deveria incluir todas as pessoas envolvidas na situação de violência, identificando suas condições psicológicas, realizando possíveis intervenções e encaminhamentos. No acompanhamento, o psicólogo deveria dar suporte à criança/adolescente e aos demais familiares, reforçando-os como protagonistas de suas histórias.

Por fim, tal recomendação descreve algumas técnicas para o exercício do instituto da escuta especializada, novamente segundo o Conselho Federal de Psicologia (CFP, 2001, p. 4 e 5):

[...] A Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes requer espaço físico apropriado, que resguarde a privacidade do atendido, com recursos técnicos necessários para a qualidade do atendimento; O psicólogo, na Escuta de Crianças e Adolescentes, respeitará o desejo de livre manifestação do atendido como um momento emancipatório; O psicólogo, na Escuta de Crianças e Adolescentes, considerará a complexidade das relações afetivas, familiares e sociais que permeiam o processo de desenvolvimento. O sigilo deverá estar a serviço da garantia dos direitos humanos e da proteção, a partir da problematização da demanda endereçada ao psicólogo; É vedado ao psicólogo o papel de inquiridor no atendimento de Crianças e Adolescentes em situação de violência [...].

Nota-se, portanto, que além do Judiciário, o Conselho Federal de Psicologia já se mostrou corresponsável em promover a humanização do

procedimento a fim de preservar a plenitude do desenvolvimento psíquico e emocional da vítima ou testemunha infanto-juvenil.

11 NOVO TIPO PENAL

A edição da Lei nº 13.431/2017 trouxe ao nosso ordenamento jurídico diversos debates acerca do dever de proteção à criança e adolescente que cabe ao Estado, à família e à sociedade em geral.

Inclusive, a Lei 13.431/2017 criou um novo tipo penal com o intuito de resguardar o sigilo processual.

É sabido que o sigilo da tramitação processual que envolve crianças e adolescentes é absoluto. Sua violação pode ensejar sanções civis ou administrativas. Agora, afrontar esta regra pode também configurar crime, conforme o artigo 24 da Lei (BRASIL, 2017):

violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Como regra, o depoimento especial deverá correr em segredo de justiça, conforme preconiza o art. 12, parágrafo 6º da referida lei: “§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça”.

O sujeito passivo de tal crime é, necessariamente, a criança ou adolescente cujo sigilo de seu depoimento tenha sido violado.

Já o polo ativo poderá ser ocupado pelo próprio juiz, promotor de Justiça, profissional responsável pela escuta especializada, serventuários da Justiça ou qualquer outra pessoa que tenha acesso ao material audiovisual e o exiba para terceira pessoa estranha ao processo.

A doutrina tem o entendimento de que o crime é doloso, visto que somente sob expressa autorização, poderá um terceiro assistir ou ouvir o depoimento da criança ou adolescente no curso do processo.

Este novo tipo penal tem por objetivo tutelar a integridade moral e psicológica da criança ou adolescente.

Insta salientar que a lei taxativamente menciona violação do depoimento da criança ou adolescente, permitindo que terceira pessoa o assista ou o escute. Logo, como a lei penal não admite interpretação extensiva, isso não se

aplica às outras peças processuais diversas do depoimento. Nestes casos, aplicam-se apenas as sanções administrativas e civis.

12 CONCLUSÃO

A proposta trazida pela recente lei é primorosa, não obstante surjam críticas pontuais. O legislador sugere adequação normativa ao contexto social em que o Brasil está inserido, uma vez que as violações aos direitos das crianças e adolescentes são manifestas e corriqueiras.

Até a promulgação da lei, não havia dispositivos específicos para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência. Contudo, uma prática similar já vinha sendo realizada no Judiciário do Rio Grande do Sul, sob o designativo “Depoimento sem Dano”.

A nova lei prevê um procedimento mais humanizado e propício para a oitiva da criança e adolescente exposta a crimes violentos, com amplo respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente.

A recente lei deve cumprir, de fato, um dos principais objetivos que é evitar a vitimização secundária, pois a criança e o adolescente serão poupados do contato com seu agressor; receberão tratamento e acompanhamento de equipe multidisciplinar para reestabelecer a saúde física e psíquica; poderão depor a um profissional diverso da área jurídica e não precisarão reviver por diversas vezes traumas e momentos dolorosos para a produção de provas em busca da verdade real.

Entretanto, implica em uma profunda mudança cultural para que o infante ou jovem seja enxergado sob a ótica de novas lentes da proteção integral e prioridade absoluta. Não cabe apenas ao Estado promover políticas públicas para promover a proteção das crianças e adolescentes, defesa dos seus direitos e fiscalização do cumprimento destas medidas.

A temática demanda esforços conjunto do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, da própria família e da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **Opressão dos hebreus no Egito**. Edição Claretiana. 205. ed. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2014.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José de Costa Rica**. San Jose: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ARGENTINA. **Código Procesal Penal de la Nación Argentina 1991**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf. Acesso em: 19 fev. 2018.

ARIÈS, Phillipe. **História social da criança e da família**. Dora Flaksman (trad.) 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

BRASIL. **Código Penal. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Recomendação CNJ nº 33/2010**, de 23 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 Julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.431, de quatro de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Cinco abril de 2017. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=05/04/2017> . Acesso em: 09 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Lei protege criança vítima ou testemunha de violência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-06/lei-garante-protecao-menor-vitima-ou-testemunha-violencia>. Acesso em: 08 dez. 2017.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo Presidente Prudente / Toledo Prudente Centro Universitário**. – Presidente Prudente, 2019.

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

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 010/2010 Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção**. 2010. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dizer Direito. **Método que humaniza depoimento de criança vira lei**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso: 10 dez. 2017.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. **De menor a cidadão: Notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil**. Editora do Senado, 1993.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. **É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

DALLARI, D. A. Os Direitos da criança. *In*: DALLARI, D. A.; KORCZAK, J. **O Direito da criança ao respeito**. São Paulo: Summus, 1986

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei 13.431/17**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentad_jun2018.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EM que consiste o “Depoimento sem Dano”? Sua utilização configura nulidade por cerceamento de defesa? Site Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/em-que-consiste-o-depoimento-sem-dano.html>. Acesso em: 10 dez. 2017.

FARINATTI, F; BIAZUS, D. B; LEITE, M. B. **A Criança Vitimizada**. Revista Médica Santa Casa, ano IV, n.7, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume I. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA. V.N.A; AZEVEDO, M.A. **Violência de Pais contra Filhos: a tragédia revisitada**, 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Paulo Quintela (trad.). Lisboa: Edições 70, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Método que humaniza depoimento de criança vira lei**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ONU. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU. **Resolução nº 20/2005 - ECOSOC Conselho Econômico e Social das Nações Unidas Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes.** 2005. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/resolucao_20_2005_ecosoc_onu__port.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

PRADO, R. L. C. **O tema trabalho infantojuvenil em artigos acadêmicos de psicólogos(as): uma interpretação ideológica.** São Paulo, 2009. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIZZINI, Irma. **Pequenos Trabalhadores do Brasil.** In: História das crianças no Brasil. Mary Del Priore (org.). 2. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Novas tendências do Processo Civil.** Bahia: Editora JusPodvim, 2014.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento sem Medo (?). Culturas e Práticas Não Revitimizantes. Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes.** 1ª edição. Brasília – DF: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos. São Paulo – SP: Childhood Brasil (Instituto WCF), 2008.

SANTOS, Cristiane Andreotti. **Enfrentamento da Revitimização: a escuta de crianças vítima de violência sexual.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

UNITED KINGDOM. **Criminal Justice Act 1991.** Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/contents>. Acesso em: 18 fev. 2018.

VENTURA, M. **Sexualidade e reprodução na adolescência: uma questão de direitos.** In: ADORNO, R. C. F.; ALVARENGA, A. T.; VASCONCELLOS, M. P. C. Jovens, trajetórias, masculinidades e direitos. São Paulo: Fapesp, Edusp, 2005.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: Crianças e Adolescentes do Brasil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Cebela, 2012.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo: Saraiva, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Report on Violence and Health.**

Disponível em:

http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en. Acesso em 05 abr. 2018.