



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**A OITIVA ÚNICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CRIMES  
SEXUAIS: DESAFIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES NA  
IMPLEMENTAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 13.431/2017**

**RECIFE  
2021**

**BRENDA AZEVEDO PAES BARRETO TEIXEIRA**

**A OITIVA ÚNICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CRIMES  
SEXUAIS: DESAFIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES DA  
IMPLEMENTAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 13.431/2017**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, com área de concentração em Direito, Processo e Cidadania, na linha de pesquisa Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos (Linha 2).

**Prof. Dr. Orientador: Alexandre Freire  
Pimentel**

**RECIFE**

**2022**

T266o Teixeira, Brenda Azevedo Paes Barreto.  
A oitiva única de crianças e adolescentes em crimes sexuais  
: desafios, limites e possibilidades da implementação do artigo  
11 da lei nº 13.431-2017 / Brenda Azevedo Paes Barreto  
Teixeira, 2022.  
129 f. : il.

Orientador: Alexandre Freire Pimentel.  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de  
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado  
em Direito, 2022.

1. Crime sexual. 2. Prova (Direito). 3. Adolescentes.  
4. Crianças. 5. Brasil. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017.  
6. Depoimentos. I. Título.

CDU 343.541

Pollyanna Alves - CRB/4-1002

BRENDA AZEVEDO PAES BARRETO TEIXEIRA

A OITIVA ÚNICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CRIMES  
SEXUAIS: DESAFIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES DA IMPLEMENTAÇÃO  
DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 13.431/2017

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (Orientador)



---

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêia de Araújo (Examinador Interno)

---

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)

---

Profa. Dra. Amanda Patrycia Coutinho de Cerqueira

Recife, 27 de Janeiro de 2022.



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família pelo apoio na realização de todos os meus sonhos.

## RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo principal analisar a obrigatoriedade do depoimento especial como prova antecipada em face de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual, tendo em vista a emergência da Lei nº 13.431 de 2017. A Lei da Escuta Protegida, como ficou conhecida, é o primeiro microssistema brasileiro destinado a coibir a violência contra crianças e adolescentes, norteando o poder público no intuito de assegurar um atendimento mais humanizado, célere e qualificado, ao prever o depoimento único (produção de prova antecipada obrigatória) para os delitos sobre situação de violência em face de crianças e adolescentes, por meio do seu artigo 11. Nesse contexto, quais os desafios, limites e possibilidades em face da implementação da oitiva única de crianças e adolescentes em crimes sexuais? Trata-se, portanto, de analisar a realidade da mudança de paradigma de proteção vítima-testemunha com o advento da Lei nº 13.431/2017. Para tanto, a proposta metodológica deste trabalho parte de um levantamento bibliográfico e de dados, de cunho eminentemente exploratório e explicativo, acerca do Estado violentador, os aspectos da vitimização, a importância da palavra da vítima e/ou testemunha, além do direito ao esquecimento, em suas articulações fundamentais.

**PALAVRAS CHAVES:** Crimes sexuais; Criança e Adolescente; Produção de Prova Antecipada; Depoimento Especial; Oitiva única; Lei nº 13.431/2017.

## ABSTRACT

The main objective of this research is to analyze the obligation of special testimony as advance evidence in the face of children and adolescents who are victims or witnesses of sexual violence, in view of the emergence of Law nº 13.431 of 2017. The Protected Eavesdropping Law, as it became known, is the first Brazilian micro-system aimed at curbing violence against children and adolescents, guiding the public power in order to ensure a more humanized, quick and qualified service, by providing for a single statement (mandatory advance proof production) for crimes concerning situations of violence against children and adolescents, through its article 11. In this context, what are the challenges, limits and possibilities facing the implementation of the single hearing of children and adolescents in sexual crimes? It is therefore a matter of analyzing the reality of the change in the paradigm of victim-witness protection with the advent of Law nº 13.431/2017. Therefore, the methodological proposal of this work starts from a bibliographic and data survey, of an eminently exploratory and explanatory nature, about the violating State, the aspects of victimization, the importance of the victim's and/or witness's word, in addition to the right to be forgotten, in its fundamental articulations.

**KEYWORDS:** Sexual crimes; Child and teenager; Production of Early Evidence; Special Testimony; single hearing; Law No. 13,431/2017.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

.....  
10

### CAPÍTULO 1 - A MUDANÇA DO PARADIGMA DE PROTEÇÃO VÍTIMA-TESTEMUNHA: CONQUISTA DO DEPOIMENTO ESPECIAL ÚNICO PREVISTO NO ART. 11 DA LEI Nº 13.431/2017

.....  
16

#### 1.1 A inovação legislativa em face do sistema de garantias de crianças e adolescentes vítimas-testemunhas de abuso sexual

.....  
16

#### 1.2 A jurisprudência como fonte da segurança jurídica na origem da normatização prevista no art. 11 da Lei nº 13.431/2017

.....  
20

#### 1.3 Requisitos da relevância e urgência e a aplicação da regra da proporcionalidade na oitiva única

.....  
31

#### 1.4 Das hipóteses legais de obrigatoriedade em face do depoimento especial antecipado previstas no art. 11 da Lei nº 13.431/2017

.....  
35

### CAPÍTULO 2 - CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA VÍTIMA SEXUAL INFANTOJUVENIL: SUJEITO OU OBJETO DO PROCESSO PENAL

.....  
49

#### 2.1 O Estado violentador como agente responsável pela violência indireta

.....  
49

#### 2.2 Violência sexual em números e a palavra da vítima ou testemunha infantojuvenil

.....  
55

**2.3 Vitimização primária, secundária, terciária e sua prevenção por meio do depoimento especial**

.....  
64

**2.4 Combate à vitimização secundária por meio da implementação do direito ao esquecimento enquanto direito humano**

.....  
74

**CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DA PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA NO DEPOIMENTO ESPECIAL**

.....  
84

**3.1 Análise da produção de prova antecipada no depoimento especial em relação a participação das vítimas e testemunhas de abuso sexual e o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF)**

.....  
84

**3.2 Respeito a ampla defesa e contraditório no depoimento especial único na formação do convencimento motivado do julgador**

.....  
94

**3.3 Considerações sobre o juiz de garantias: avanços e críticas ao modelo de produção técnico-científica no depoimento especial único**

.....  
101

**CONCLUSÕES**

.....  
110

**REFERÊNCIAS**

.....  
117

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste em analisar a obrigatoriedade do depoimento especial como prova testemunhal antecipada em face de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual, enquanto possibilidade de combater a vitimização secundária. O sistema de garantia de direitos da vítima ou testemunha de abuso sexual infantojuvenil tem como fundamento legal o artigo 226, *caput*, § 8º e 227, *caput* e seguintes da Constituição Federal (BRASIL, 1988), acompanhados dois anos mais tarde do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/1990 (BRASIL, 1990), nos seus artigos 1º; 28, § 1º; 100, inciso XII; e 150.

Não obstante as legislações citadas acima, apenas em 04 de abril de 2017, por meio da Lei nº 13.431 (BRASIL, 2017), surge no Brasil o primeiro microssistema destinado a coibir a violência contra crianças e adolescente, norteando o Poder Público (não apenas as várias esferas de governo, mas também os setores da administração) no intuito de assegurar um atendimento mais humanizado, célere e qualificado em face das mesmas. Trata-se da Lei de Escuta Protegida, que entrou em vigor em Abril de 2018, enquanto primeira previsão legal em âmbito nacional do depoimento único (produção de prova antecipada obrigatória) para os delitos de violência sexual em face de crianças e adolescentes, por meio do seu artigo 11. Segundo a legislação “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” (grifo nosso) (BRASIL, 2017).

Em termos gerais, a normativa (BRASIL, 2017) define a oitiva obrigatória do depoimento especial por iniciativa da autoridade policial ou do Ministério Público, no âmbito do Judiciário, por equipe interprofissional, da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência sexual. A legislação prevê que, na ocasião do depoimento especial, a opinião da criança deve ser levada em consideração, não a tratando como mero “instrumentos de produção

de prova”, ouvida repetidas vezes, por agentes sem a devida preparação técnica, comumente em longo prazo após a ocorrência do fato, favorecendo a chamada revitimização ou vitimização secundária.

No contexto social brasileiro, o país é a nação latino-americana em que há maior percepção de risco de violência contra a criança, de acordo com levantamento realizado pela ONG Visão Mundial (VISÃO MUNDIAL, 2017). Segundo os dados mais recentes disponibilizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (ANUÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 09), o Brasil possui 180 casos de estupro notificado por dia, sendo 53,8% de crianças, além de conter a informação de que a cada hora 4 meninas de até 13 anos são estupradas, tendo um acréscimo de violência sexual da última pesquisa em 4,1%. De acordo com a ONG Visão Mundial, 40% do total de notificações de violência sexual contra crianças e adolescentes são de 10 a 14 anos, 21% dos casos vitimizando crianças de 1 a 5 anos e 19% situações em que as vítimas são adolescentes de 15 a 19 anos. (VISÃO MUNDIAL, 2019). O percentual excessivo, além de subnotificado (BBC, 2017), se relaciona com o objeto da pesquisa, na medida em que os delitos de violência sexual contra crianças podem ter sua incidência influenciada (também) pela dinâmica do sistema de Justiça.

Diante dessa situação, a hipótese da pesquisa é que a nova técnica processual de depoimento especial e único, prevista no artigo 11 da Lei nº 13.431/2017, tem a função de garantir a proteção dos direitos humanos das vítimas ou testemunhas infantojuvenis e resguardá-los de toda forma de violência. O advento da lei fomenta o debate a respeito das vantagens e desvantagens para a criança e o adolescente em rememorar a violência ao prestar depoimento. No intuito de garantir um tratamento digno, sem ameaça, coação ou constrangimento em face da oitiva de uma criança que sofre abuso sexual a legislação e doutrina brasileira têm passado por um constante desenvolvimento sobre o tema.

Analiticamente, a produção de prova antecipada por meio do depoimento especial com intuito de evitar a vitimização secundária tem sido abordado por diferentes autores, inclusive com contribuições interdisciplinares

e jurisprudenciais. Afinal, o abuso sexual infantil é visto, na atualidade, como um problema complexo e incômodo, atravessado por questões psicossociais, legais e de saúde. A este propósito, a psicóloga Cassandra Pereira França destaca que a criança vítima de abuso sexual tem sido responsável pela produção da prova da violência a que foi submetida, o que implica reviver a situação traumática por que passou e enfrentar nova situação sem apresentar ainda condições de maturação (FRANÇA, 2018, p. 3).

Do ponto de vista jurídico, as contribuições de autores como Benedito Rodrigues, Vanessa Nascimento e Itamar Batista Gonçalves (2017), são importantes perspectivas para o desenvolvimento da pesquisa, no que toca às condições oferecidas pelo sistema de justiça para o testemunho de crianças e adolescentes que sofrem crimes sexuais. Da mesma forma, e ainda acerca do marco teórico deste trabalho, destaca-se a importância do relato da criança no tipo de delito de abuso sexual, pois na maioria das vezes o crime ocorre sem testemunhas, conforme menciona Mayra dos Santos Zavattaro (2018).

Nesse contexto, a palavra da vítima é essencial para satisfação da pretensão punitiva do Estado, por meio do Poder Judiciário. Esta pretensão punitiva transfere para o Estado a necessidade impor um sentimento de segurança para sociedade, cujo sucesso vai depender diretamente da dinâmica do funcionamento das instituições, pois em certas ocasiões, como nos crimes sexuais em face de crianças e adolescentes, os interesses coletivos superam os individuais. Por essa razão, a legislação penal denominou que esses delitos estariam submetidos ao tipo de ação pública incondicionada, ou seja, não depende do consentimento do indivíduo lesado para acionamento da máquina pública (NUCCI, 2016. p. 546).

Essa problemática esclarece o motivo pelo qual as crianças e adolescentes são ouvidas nas ações penais como vítimas ou testemunhas. De um lado, os acusados gozam do contraditório e da ampla defesa, de modo que precisam ouvir o relato da suposta vítima. Por outro lado, a sociedade deseja saber a existência e autoria do crime, a fim de que ele receba a penalidade prevista, proporcionando um sentimento de segurança (PRADO, 2019, p. 82). Nestes casos, o depoimento da vítima/testemunha é de extrema relevância,

cujas críticas contra o modelo tradicional são ressaltadas pela doutrina, como destaca Natália Fagundes Morari, Eduardo Pereira Guedes e Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo (2014).

Neste diapasão, e conforme sedimenta Potter, o modelo tradicional de oitiva está eivado de constrangimentos, de perguntas, insinuações, normalmente utilizado de forma imprópria, inadequada e infrutífera, podendo ocorrer, inclusive, um abuso psicológico na esfera judicial, que é a vitimização secundária em face do próprio fato de abuso sexual que seria a vitimização primária (POTTER, 2019, p. 28). Desse modo, o depoimento especial e de forma única, previsto na Lei nº 13.431/2017, “deverá ser a regra, e não a exceção, pois está previsto que ele seja prestado uma única vez, e como prova antecipada” (ROCHA, 2017, p. 13).

A produção antecipada de provas, por meio do depoimento único, passou a ser, portanto, um poder-dever do magistrado nos delitos que envolvam violência sexual com crianças e adolescentes (SIQUEIRA; AMARAL, 2018). Há autores, no entanto, que discordam de tais premissas. Nesse sentido, Lopes Jr. e Aury afirmam que a produção de prova antecipada, de forma cautelar, apenas seria possível quando o Ministério Público já dispusesse de elementos para oferecer denúncia, sendo, assim, medida absolutamente excepcional (LOPES JR; AURY, 2016, p. 610).

Com efeito, várias sutilezas precisam ser compreendidas para que a inovação legislativa seja adequadamente aplicada no processo em respeito à proteção das crianças e adolescentes vulneráveis contra revitimização ou vitimização secundária. Conforme Alison Cunningham, diretora da pesquisa do Centro para Crianças e Famílias do Sistema Judiciário de Londres, na Província de Ontário Canadá, “as crianças podem não querer contar para nós sobre o abuso que sofrem, mas querem que os adultos as protejam. Cabe a nós, adultos, estarmos preparados para quando elas quiserem contar, sabermos ouvi-las” (CUNNINGHAM, 2011, p. 6).

Por todo o exposto, o problema da pesquisa pode ser assim resumido: quais os desafios, limites e possibilidades em face da implementação da oitiva

única de crianças e adolescentes em crimes sexuais? Essa pergunta principal, por sua vez, desdobra-se em outros questionamentos. Como se dá o tratamento da palavra da vítima ou testemunha infantojuvenil em crimes sexuais? Como se dá a prova antecipada no depoimento especial nesses casos? E, finalmente, quais as mudanças de paradigmas de proteção vítima-testemunha com o advento da Lei nº 13.431/2017?

O tema é complexo e de fundamental relevância, na medida em que envolve o poder-dever do Poder Judiciário, assim como dos órgãos que atuam junto ao mesmo, em busca da humanização do procedimento, com a garantia de proteção à criança e do adolescente. Nesse panorama, parte-se do pressuposto que o depoimento especial é único, por meio da produção de prova antecipada, tem a possibilidade de trazer para criança e família um tratamento adequado e humanizado, respeitando os princípios constitucionais de proteção à criança, além de diminuir a impunidade relacionada a tais crimes. A diminuição da impunidade não se refere apenas à condenação do agressor, respeitando o contraditório e ampla defesa, mas também na elevação da confiança da família em denunciar para aos órgãos públicos sobre o delito ocorrido.

Além disso, nos crimes que envolvem violência sexual, em razão de poucas ou da total ausência de evidências materiais, a prova testemunhal acaba sendo a mais utilizada. Neste contexto, o testemunho utilizado deriva da memória de uma criança que muitas vezes não consegue se expressar, principalmente quando este depoimento é colhido muito tempo após (meses ou anos) da ocorrência do fato. Conforme publicação da Childhood Brasil (2018, p. 22): “hoje meninas e meninos são ouvidos cerca de oito a dez vezes ao longo de um processo judicial, precisando repetir – e reviver- a situação de violência sofrida para diversos órgãos de atendimento, investigação e responsabilização”.

A inovação suscita hoje grandes debates sobre a viabilidade e aplicabilidade deste depoimento único, especialmente com o surgimento do juiz de garantias por meio da recente Lei nº 13.964/2019 que alterou o Código de Processo Penal- embora atualmente suspenso pelas ADIs 6298, 6299,

6300 e 6305- ao qual surgiu diante da necessidade de que a jurisdição seja exercida por um sujeito imparcial e alheio à investigação policial, procurando, assim, separar as funções dos juízes dentre de um mesmo processo para que um atuasse na fase de investigação e outro na fase processual. Nesse sentido, sendo o depoimento especial e único uma forma de produção antecipada de prova, estaria ele inserido tanto na competência do juiz da fase de investigação para verificar a legalidade do pedido, assim, ao magistrado responsável pela instrução processual para fins de colheita do depoimento.

Na tentativa de refletir sobre o problema proposto, esta pesquisa busca compreender no Capítulo 1 a mudança do paradigma de proteção da vítima-testemunha em face da conquista do depoimento especial único previsto na Lei de Escuta Protegida. O Capítulo 2, por sua vez, tece considerações jurídicas acerca da vítima sexual infanto-juvenil, enquanto sujeito do processo penal. E, finalmente, o Capítulo 3 tem como objetivo o entendimento mais específico sobre a análise da produção da prova antecipada no depoimento especial.

Espera-se com a presente pesquisa apresentar à comunidade jurídico-científica uma ampla análise sobre o novo mecanismo previsto no artigo 11 da Lei nº 13.421/2017, o qual objetivou a regulação e melhoramento da colheita antecipada obrigatória da prova testemunhal, por meio do depoimento especial com vistas ao exercício da pretensão punitiva do Estado em face de violência em vítimas e testemunhas infantojuvenis. A presente norma reclama uma verdadeira e ampla mudança cultural e estrutural, notadamente no tocante ao apoio da saúde física e mental dessas vítimas/testemunhas, para fins de conferir o direito ao esquecimento, visando um procedimento processual penal mais eficiente, e com observância dos princípios nacionais e internacionais de direitos humanos em face da implementação de um novo sistema de julgamento com a implementação da oitiva única.

## **CAPÍTULO 1 - A MUDANÇA DO PARADIGMA DE PROTEÇÃO VÍTIMA-TESTEMUNHA: CONQUISTA DO DEPOIMENTO ESPECIAL ÚNICO PREVISTO NO ARTIGO 11 DA LEI Nº 13.431/2017**

### **1.1 A inovação legislativa em face do sistema de garantias de crianças e adolescentes vítima-testemunhas de abuso sexual**

O sistema de garantias de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual apresenta importantes marcos legais que orientam a contextualização do debate no Brasil. No âmbito internacional, a primeira legislação sobre o tema ocorreu em 1989 na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), tendo o Brasil promulgado o seu texto em 1990. Nesta Convenção, em seu artigo 12, a criança é reconhecida como sujeito de direito, um reconhecimento aparentemente simples, mas de grande repercussão. Evidencia-se, no texto legal, a partir deste reconhecimento, o direito das crianças de exprimirem a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito. Assim, foi assegurada à criança e ao adolescente a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e ter sua opinião levada em consideração, como garantia de expressão, em conformidade com a legislação nacional de cada país (ONU, 1980).

Ainda no âmbito internacional, em 2005, foi realizada, no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (*Economic and Social Council - ECOSOC*), a primeira normatização sobre procedimentos e metodologias em face da investigação nos crimes de violência sexual, nos quais tenham sido vítimas ou testemunhas crianças e adolescentes. As discussões resultaram na Resolução nº 20/2005 do ECOSOC, cujas diretrizes orientaram princípios transversais, como dignidade, não discriminação, os melhores interesse das crianças e o direito à participação (ONU, 2005).

Internamente, as primeiras tentativas de humanização na oitiva da criança vítima ou testemunha de abuso sexual chegaram por meio do depoimento especial, também chamado de depoimento sem dano. Nele, a

criança é ouvida por meio de uma equipe interdisciplinar especializada. O judiciário do Rio Grande do Sul protagonizou a prática que posteriormente foi incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 33/2010, orientando os Tribunais para a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais (SANTOS; COIMBRA, 2017).

No entanto, o grande avanço surgiu sete anos após, em 2017, com a publicação da Lei de Escuta Protegida (a Lei nº 13.431), que entrou em vigor em Abril de 2018, passando a existir no Brasil o primeiro microsistema de normas para fins de amparar crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual. Seu Projeto de Lei nº 3.792/2015 tramitou em regime de urgência na Câmara dos Deputados, por meio de uma articulação da *Childhood* Brasil junto com a Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a UNICEF Brasil, a Associação Brasileira de Psicologia Jurídica. Tendo sido apresentado pela Deputada Federal Maria do Rosário, contou com a relatoria na Câmara dos Deputados da Deputada Federal Laura Carneiro e no Senado das Senadoras Marta Suplicy e Lídice da Mata.

Diferentemente às normas anteriormente publicadas que se limitavam a promover alterações pontuais seja na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), seja na Lei nº 13.431/2017 (Código Penal) a Lei de Escuta Protegida inaugurou um diploma autônomo, somando as normas já existentes, com o fito de assegurar direitos e proteção na colheita de prova testemunhal seja pela escuta especializada, seja pelo depoimento especial.

Nesse âmbito, dispõe o art. 7º da referida lei que “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”. Sobre o depoimento especial, por sua vez, preconiza o art. 8º que “depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária” (BRASIL, 2017).

Percebe-se que o legislador teve como objetivo principal tornar o sistema pré-processual e processual mais qualificado e organizado, inclusive estabelecendo regras inovadoras, como a criação de um órgão de rede de proteção responsável por realizar a escuta especializada e coordenar a ação de todos os agentes envolvidos, zelando para que todas as necessidades sejam prontamente atendidas por quem de direito, nos termos do art. 14, §2º da Lei 13.431/2017. Já na esfera processual, a legislação em comento visa assegurar um protocolo padronizado, humanizado, em respeito aos princípios constitucionais em face da criança e do adolescente para que não sejam tratados como “meros instrumentos de produção de prova” evitando a vitimização secundária, qual seja, a repetição dos fatos por agentes sem a devida qualificação.

A visão atual em face deste tipo de prova é centrada em facilitar um relato da vítima/testemunha com mais qualidade e confiabilidade, garantindo a preservação de sua dignidade como ser humano, assim como respeitando o seu sofrimento. Segundo José Antônio Daltoé Cesar (2019), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Lei nº 13.431/2017 se tornou importante marco para história nacional, tendo em vista a evolução do Brasil nos últimos anos em combate ao abuso sexual, para evitar que casos como de Ariele, menina que em 1973, com oito anos de idade, que foi raptada, drogada, estuprada e morta no Estado do Espírito Santo, se repitam.

(...) O Brasil muito evoluiu nos últimos anos, sendo um dos países que contam com uma das melhores legislações a respeito. A Lei nº 13.431/2017, que tratou especificamente dessas demandas, está sendo implementada de forma rápida em muitas unidades da federação, com instalação de centros de escuta especializada e de depoimento especiais (em sede judicial). (...) Muito ainda necessita ser realizado para a proteção das crianças mas o primeiros passos já foram dados. Que situações como a de Araceli possam ser evitadas e nunca mais aconteçam. (CEZAR, 2019, p. 21).

O respeito ao sofrimento da vítima e/ou testemunha infantojuvenil, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido pautado como prioridade absoluta para criação em todos os Estados dessas unidades tanto para escuta especializada, como para depoimento especial para

combater a violência primária, mas ainda, aquela realizada pela própria instituição pública ou conveniada. Para tanto o novo diploma normativo se preocupou em conceituar os tipos de violência, seja ela física, psicológica ou sexual, porém inovou ao trazer a definição da violência institucional nos termos do seu inciso IV, art. 4º da Lei 13.431/2017 “entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização” (BRASIL, 2017). A importância desta definição em lei é alertar os órgãos e agentes para que atuem sempre em prol da proteção das crianças e dos adolescentes, vítimas e testemunhas de abuso sexual, respeitando os direitos relacionados nesta norma e outras correlacionadas.

Certo é que para a efetiva implementação da norma é necessário um compromisso dos órgãos e agentes responsáveis (em âmbito municipal e estadual), seja para melhorar as estruturas já existentes, seja para adotar fluxos e protocolos padronizados objetivando a humanização, eficiência, ampla defesa e contraditório na colheita desses depoimentos, para fins de obtenção de uma prova qualificada no âmbito penal.

Nesse sentido:

A criança, quando se apresenta como vítima no processo penal, na maior parte das vezes é porque sofreu algum tipo de abuso sexual. Há compromisso do Estado, da família e da sociedade, de acordo com a legislação nacional e internacional, em proteger as crianças de qualquer forma de violência. A punição do ofensor é uma medida preventiva geral e, diante disso, há necessidade de produção de prova qualificada no âmbito penal (ZAVATTARO, 2018, p.15).

Essa prova qualificada é de suma importância para o esclarecimento dos fatos e convencimento do magistrado, tendo em vista que apresentará uma prova mais contundente e robusta, seja para condenação, seja para absolvição. Com certeza, conciliar direitos do acusado e proteção da vítima será um desafio e não será uma tarefa fácil, mas necessária, com intuito de superar as resistências por parcela dos operadores do direito ainda vinculados ao modelo de depoimento tradicional.

É necessário humildade intelectual para aceitar o fato de que a visão técnico-científica dos operadores de direito tem limites, portanto a

capacidade profissional do jurista para ouvir o relato da vítima infantojuvenil de abuso sexual e de alienação parental e também de falar, não é suficiente e nem eficiente, podendo causar um dano irreparável às vítimas vulneráveis. A Inquirição pelo método tradicional foi e será sempre inadequada (POTTER, 2019, p. 357).

No entanto, independentemente da oitiva da vítima ou testemunha ser realizada seja pelo depoimento tradicional ou pelo especial, antecipado e único, o magistrado, ao proferir a sentença, deve analisar o conjunto probatório dos autos, sendo certo que esta oitiva não deve ser a única prova a ser observada nos procedimentos investigativos, tendo a Lei nº 13.431/2017 deixado claro, em seu art. 22, que “os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu” (BRASIL, 2017).

Diante disso, é possível afirmar que a principal função dessas normas é eliminar a vitimização secundária e o amadorismo no atendimento às vítimas e testemunhas de abuso sexual, em especial em face de crianças e adolescentes, nessa complexa e difícil colheita de prova testemunhal, tornando ágil e eficiente a atuação dos órgãos de repressão e proteção, assim como a responsabilização dos autores de violência na esfera criminal, evitando danos colaterais, para fins de garantir o direito ao esquecimento e um processo judicial mais justo e célere.

Por fim, para melhorar o sistema de garantias das vítimas de abuso sexual, recentemente foi sancionada a Lei nº 14.245, de 22 de Novembro de 2021, conhecida como a Lei "Mari Ferrer" que pune constrangimentos em julgamentos que envolvam vítimas de abuso sexual, buscando reduzir a vitimização secundária ao qual realizou alteração no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A presente inovação reforça a importância de um sistema de garantias em que todas as partes envolvidas no processo de julgamento dos crimes de abuso ou violência sexual devem prezar pela integridade física e psicológica das partes, buscando sempre o respeito e importância da dignidade da pessoa humana, trazendo responsabilizações na esfera civil, penal e administrativa,

enaltecendo a implementação do depoimento especial único com urgência e celeridade que a norma requer.

## **1.2 A jurisprudência como fonte da segurança jurídica na origem da normatização prevista no artigo 11 da Lei nº 13.431/2017**

A publicação do artigo 11 da Lei nº 13.431 em 2017 e sua consequente vigência em Abril de 2018 foi e está sendo um dos grandes marcos na discussão acerca da efetivação ao princípio da proteção integral da criança que sofre abuso sexual. Embora com enormes dificuldades e desafios pendentes de análises pela comunidade jurídica, a produção antecipada de prova judicial da criança que sofreu ou presenciou abuso sexual possibilitou a implementação do depoimento único como poder-dever da jurisdição. Destarte, segundo a legislação:

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 (grifo nosso) (BRASIL, 2017).

A presente norma ao regulamentar o novo sistema para a tomada de declarações de crianças e adolescentes em âmbito nacional colocou-as como sujeitos do direito à proteção e determinou, entre outras garantias, a prioridade na tramitação do processo, a celeridade processual e a produção antecipada de prova judicial do depoimento especial. Da mesma forma, assegurou a ampla defesa do investigado, respeitando o princípio constitucional da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), até produção de prova em sentido contrário, ratificando, assim, o contraditório para consolidação da prova.

Embora a nova previsão normativa tenha entrado em vigor em Abril de 2018, a jurisprudência, em casos concretos, já vinha permitindo o depoimento de forma antecipada, sob o viés do direito ao esquecimento, possibilitando, assim a oitiva única. O Superior Tribunal de Justiça, antes da publicação da norma, já havia apresentando entendimentos sobre a produção

antecipada de prova de depoimento especial de crianças e adolescentes, justificando a premente necessidade de proteção da vítima. A saber:

[...] Favorecer a possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar (STJ – HC 240227 DF 2012/0081742-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ. Data de Julgamento: 14/8/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2012)

PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. ARTIGO 156 , INCISO I , DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . MEDIDA PLEITEADA ANTES DE DEFLAGRADA A AÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM A MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA URGÊNCIA DA OITIVA ANTECIPADA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. De acordo com o artigo 156 , inciso I , do Código de Processo Penal , a prova poderá ser produzida antecipadamente, até mesmo antes de deflagrada a ação penal, desde que seja urgente e relevante, exigindo-se, ainda, que a medida seja necessária, adequada e proporcional. 2. **A relevância da oitiva das menores é incontestável, e sua condição de crianças suspeitas de terem sido abusadas sexualmente é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida, vale dizer, que os seus depoimentos irão se perder ou não serão fidedignos caso sejam colhidos no futuro.** 3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do "depoimento sem dano", respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado. 4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido. (Grifo nosso) (STJ - 226179 RS 2011/0282360-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2013).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE "DEPOIMENTO SEM DANO". CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. **Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do "depoimento sem dano", em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).** 2. A oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), em audiência de instrução, sem a presença do réu e de seu defensor não inquina de nulidade o ato, por cerceamento ao direito de defesa, se o advogado do acusado aquiesceu àquela forma de inquirição, dela não se insurgindo, nem naquela oportunidade, nem ao oferecer alegações

finais. 3. Além da inércia da defesa, que acarreta preclusão de eventual vício processual, não restou demonstrado prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes. (...) (STJ - RHC: 45589 MT 2014/0041101-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/02/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015)

Seguindo o mesmo entendimento, muitos tribunais estaduais, antes da vigência da Lei nº 13.431/2017, começaram a replicar a mesma compreensão acerca do tema, entendendo pela ausência de constrangimento ilegal em face do réu no procedimento de oitiva antecipada do depoimento da vítima criança que sofreu abuso sexual, tendo em vista o argumento da precariedade da prova. Nos termos dos acórdãos:

[...] A produção antecipada de provas, nos casos em que são tutelados os direitos da criança e do adolescente, visa a minimizar o efeito devastador de abusos sexuais, evitando-se a revitimização da criança, bem como a facilitar o deslinde de crime que quase em sua totalidade é cometido às escondidas. A produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado, poderá o suposto ofensor requerer a produção das provas que entender necessária (TJ-DF - Habeas Corpus HBC 20150020224626, Relator Ministro HUMBERTO ADJUNTO ULHÔA, Data de julgamento: 10/09/2015, Data de publicação: 14/09/2015).

[...] **Na hipótese, as ofendidas apresentaram relatos firmes e congruentes, inclusive nas minúcias, quando de suas oitivas em sede de prova antecipada.** (...) O fato de as lesadas serem crianças (com apenas nove e quatro anos de idade à época), por certo, não impede o reconhecimento do valor de seus depoimentos. **Em verdade, os relatos de criança de tenra idade, quando consistentes e confortados por outros elementos de prova, podem apresentar ainda maior valor probante, tendo em vista o seu desprovemento de experiência ou informações a possibilitarem a invenção ou fantasia.** E ainda que sua influência negativa em certas circunstâncias e por determinadas pessoas seja mais fácil, é certo também que tal corrupção é facilmente perceptível, sendo rapidamente revelada, em geral, no decorrer das investigações policiais e judiciais do caso (Grifo nosso) (TJ-PA - APL: 00018521720108140000 BELÉM, Relator: RAIMUNDO HOLANDA REIS, Data de Julgamento: 21/03/2014, 3ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Data de Publicação: 27/03/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CABIMENTO. COLHEITA DE DEPOIMENTO NA FORMA DO DEPOIMENTO SEM DANO. CABIMENTO. 1. No caso em exame, embora não haja dúvidas de que o ofendido poderia ser inquirido em ocasião posterior, tem-se que a sua inquirição de modo antecipado visou preservar a narrativa mais fiel dos fatos, em decorrência da proximidade temporal com o suposto abuso, bem como preservar o

ofendido de ser submetido a uma oitiva tardia, que lhe faria reviver a violência após iniciada a sua reestruturação psicológica. 2. Embora inexista obrigatoriedade na adoção do método do Depoimento Sem Dano para a inquirição de vítimas menores de idade, na espécie, proceder à inquirição do ofendido, adolescente atualmente com treze anos de idade, mediante o referido método, valoriza a aplicação do princípio da busca da verdade real, que deve ser observado no processo penal a fim de que a prestação jurisdicional ocorra em sua integralidade. Ademais, o emprego do referido método encontra eco no ordenamento jurídico pátrio, que expressamente preconiza a necessidade de privilegiar a proteção integral das crianças e adolescentes. Inteligência do art. 227 da Constituição Federal e dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.069/90. RECURSO PROVIDO. (Grifo nosso) (TJ-RS - AC: 70075438440 RS, Relatora: Minsitra LISELENA RIBEIRO, Data de Julgamento: 19/10/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2017).

À jurisprudência acima transcritas somam-se outros julgados reiterando o mesmo entendimento acerca da possibilidade da oitiva antecipada, antes mesmo da aplicação da Lei nº 13.431/2017<sup>1</sup>. De fato, firmou-se a percepção de que o magistrado, ao se deparar com o caso concreto, deve analisar a possibilidade legal da oitiva antecipada da criança/adolescente que sofreu abuso sexual, no intuito de buscar a verdade dos fatos, preservando a prova, tendo em vista sua precariedade, e respeitando a proteção integral da criança como sujeito de direito.

Desse modo, é possível verificar uma afinidade intrínseca e relacional entre a inovação legislativa presente no artigo 11 da Lei nº 13.431/2017 e a discussão jurisprudencial já arejada no âmbito dos tribunais, o que indica sua importância como fonte do Direito. É possível concluir que o ordenamento positivo brasileiro atribui à jurisprudência funções diferentes daquela que o fazem supor a leitura do art. 5º, II da Constituição Federal (“ninguém será

---

<sup>1</sup> Citam-se alguns exemplos: TJ-DF - Habeas Corpus HBC 20140020015045, Data de julgamento: 06/02/2014, Data de publicação: 10/03/2014; Apelação Crime Nº 70057642076, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: VANDERLEI KUBIAK, Data de julgamento: 10/04/2014; TJ-MS - RVCR: 16001381120138120000 MS 1600138-11.2013.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 14/01/2014, Seção Criminal, Data de Publicação: 12/02/2014; TJ-SP - Inteiro Teor. Apelação: APL 89188120018260220 SP 0008918-81.2001.8.26.0220. Data de publicação: 25/07/2013; TJ-RS - Inteiro Teor. Apelação Crime: ACR 70058638503, Data de publicação: 23/09/2014; TJ-BA - Inteiro Teor. Apelação: APL 382220068050152. Data de publicação: 08/02/2017; TJ-DF - Inteiro Teor. Apelação Criminal: APR 20121210001502 DF 0000140-12.2012.8.07.0012. Data de publicação: 09/07/2013; TJ-RS - Inteiro Teor. Correição Parcial: COR 70039922455. Data de publicação: 14/01/2011; TJ-DF - HBC: HC 59885020118070000. Data de publicação: 31/05/2011.

obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) com o fim de auxiliar a interpretação das normas legais. Esse fim está associado a necessidade constante de desenvolvimento social, tendo em vista que o desenvolvimento da sociedade incorpora novas relações e estas demandam uma resposta judicial imediata, pois é inviável ao Poder Legislativo conter em todas as prescrições normativas para todos os casos concretos.

Nesse contexto, ressalta Diniz:

O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo a cada momento o influxo de fatos; não há possibilidade lógica de conter, em sí, prescrições normativas para todos os casos. As normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida (DINIZ, 2004, p. 68).

Por conseguinte, a jurisprudência é auxiliar hermenêutico fundamental e seus posicionamentos influem sobretudo nas decisões dos particulares, dos entes públicos e do Poder Judiciário. A sua importância mostra-se ainda mais evidente nas situações em que é possível identificar lacunas na norma legal. Citem-se como exemplos a influência decisiva da jurisprudência na aplicação judicial da correção monetária, no alargamento da responsabilidade civil, no delineamento dos direitos dos concubinos e na criminalização da homofobia. O dinamismo do Direito e a insuficiência das normas, por sua vez, trazem à tona a compreensão sobre a função da jurisprudência referida por Ives Gandra da Silva Martins Filho (MARTINS FILHO, 1992, p. 220):

O juiz, chamado a se pronunciar sobre uma determinada controvérsia jurídica, não pode se eximir de decidir, devendo recorrer, no caso de se encontrar diante de lacuna da lei, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, podendo, inclusive, decidir por equidade. Assim, o *non liquet* que era dado aos magistrados, na época romana, pronunciar, quando não havia certeza do Direito e, portanto, impossibilidade de se resolver a controvérsia dentro dos parâmetros da lei, já não se admite na sistemática processual contemporânea. Dada a necessidade de suprir a lacuna da lei, no momento de resolver determinada controvérsia surgida no bojo da sociedade, o juiz deverá lançar mão de instrumental que não se restringe à lei posta, mas a ultrapassa.

Nesse diapasão, percebe-se que a função do juiz não se restringe à de mero aplicador da legislação existente. “A jurisprudência, com não rara frequência, acaba tendo papel criador de normas jurídicas, na complementação do ordenamento existente” (MARTINS FILHO, 1992, p. 220). Verifica-se a necessidade de contínua adaptação da norma à realidade mutante e às exigências sociais, mantendo salva a unidade e a coerência do sistema, servindo, inclusive, a jurisprudência como fonte valorizadora para a elaboração das leis no intuito de conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico (FERNÁNDEZ, 1992).

A jurisprudência, embora não esteja prevista expressamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como fonte formal, encontra-se sedimentada pelos doutrinadores brasileiros, apesar de não ser unânime, como fonte secundária ou acessória (FARIAS, 2003, p. 44). Essa fonte secundária foi, conforme demonstrado neste estudo, firmemente utilizada na elaboração do artigo 11 da Lei nº 13.431/2017, tendo em vista as práticas reiteradas bem sucedidas em precedentes do Poder Judiciário em seus julgamentos.

Embora a característica do sistema jurisdicional brasileiro seja tradicionalmente do *civil law*, ou seja, um sistema eminentemente escrito, herdeiro dos países da família romano-germânica, e que tem com fonte primária a lei, sua posição central como fonte do direito tem perdido força. Nesse sentido, conforme Didier Jr., a lei passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. Sendo assim, a função dos juízes deixou de ser exclusivamente de declarar a vontade concreta da lei, mas também passou a assumir um caráter constitucional, harmonizando o entendimento do constituinte com o legislador no caso concreto (DIDIER JR., 2011).

Sendo assim, contemporaneamente, a jurisprudência tem exercido um papel de força criadora, com trabalho interpretativo do magistrado que não só completa, mas dá função à lei de acordo com a vontade social, tendo em vista que o processo legislativo, na maioria das vezes demorado, não

acompanha a velocidade da realidade social. A jurisprudência seria, assim, a ferramenta do juiz para "desengessar" a lei, a ponto de torná-la atual, não permitindo a "cristalização" do Direito, o qual possui um alto grau axiológico (MONTEIRO, 2000, p. 21).

Não obstante o destaque contemporâneo para a jurisprudência na produção do Direito, há inúmeras críticas à ênfase dos tribunais acerca do ativismo judicial ou da mutação inconstitucional das normas, tendo em vista a passagem de um Estado de Direito positivista e formal para um Estado, teoricamente, (neo)constitucional. É certo que a revisão e reestruturação das normas ao caso concreto é algo excepcional, delicado e deve ser visto com muita cautela, pois não cabe ao judiciário alterar o sentido da norma. Ao contrário, deve o mesmo conceder mais eficácia, torná-la mais adequada aos fins que a constituição e a lei propõe. Pensar de forma diversa ocasiona um sentimento de insegurança e estancamento e, também, um estado de esterilização para a ciência, porque caberia ao judiciário e aos doutrinadores a tarefa quase exclusiva de decifrar, de interpretar o novo texto, palavra por palavra, vírgula por vírgula.

Com efeito, o intérprete se depara com um *hard case* sempre que este se encontra diante de normas de caráter aberto, as quais necessitam de ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz. Em sua obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin (2002) critica veementemente o pensamento positivista segundo o qual na hipótese de não ser possível a simples subsunção da regra jurídica ao caso concreto, o magistrado possuiria o poder discricionário para decidir a questão, podendo escolher, entre as diversas possibilidades de interpretação da norma, a que entender mais adequada (DWORKIN, 2002, p. 59).

A partir da hermenêutica filosófica, Lênio Streck afirma que é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de "a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição" que também pode ser chamada de resposta correta. O autor demonstra que a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativos-procedimentais, que

conduzam a múltiplas respostas, cuja consequências são discricionariedades, arbitrariedade e decisionismo (STRECK, 2014, p. 282). Por isso, “combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático (...) quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída” (STRECK, 2014, p. 286).

Nesse debate, destaca-se que a expansão do ativismo metodológico do Poder Judiciário abre espaço também para a discussão acerca representatividade do órgão (juristocracia). Esta postura pressupõe que o julgador se utilize de regras e princípios constitucionais que são basilares e devem respeitados tanto pelos legisladores, quanto por aplicadores do direito. Por isso, não se pode confundir as considerações acerca do ativismo ou da mutação constitucional com uma interpretação desregrada, operada à revelia de todo o instrumental jurídico disponível, construído e trabalhado pela comunidade política, o que seria absolutamente problemático do ponto de vista da legitimidade do Poder Judiciário.

No caso desta pesquisa, o Judiciário, antes da vigência do art. 11 da Lei nº 13.431/2017, ao realizar construção jurisprudencial em face da colheita antecipada da palavra da vítima/testemunha criança em delitos de abuso sexual, não estava propriamente legislando, afinal o Código de Processo Penal já tinha previsão normativa indicando a possibilidade de produção de prova antecipada judicial daquelas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, nos termos do inciso I, art. 156 do CPC, ao qual foi incluído, por sua vez, pela Lei nº 11.690 em 2008. Nessas situações a antecipação da prova poderia ocorrer pelo juiz de ofício ou por solicitação da parte interessada, desde que devidamente fundamentada, sob o crivo do contraditório (art. 156, caput, CPC).

Até então, a produção de prova antecipada, mesmo para oitiva da criança vítima e/ou testemunha de abuso sexual, não era a regra geral, assim como não havia determinação legal para que os magistrados procedessem dessa forma em todas as situações postas em juízo. O amadurecimento da questão surgiu, inicialmente, com as experiências ocorridas no depoimento especial, também chamado de depoimento sem dano. Este depoimento

especial nasceu com a tentativa de humanizar os procedimentos criminais em face da colheita da prova testemunhal de crianças e adolescentes derivado de práticas no Judiciário do Rio Grande do Sul ao qual a criança ou adolescente era ouvida por uma equipe interdisciplinar especializada diminuindo o trauma sofrido em vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais criminais (SANTOS; COIMBRA, 2017). A ausência de norma legal não impediu o avanço neste tipo de depoimento tendo em vista os casos concretos bem sucedidos, assim como em observância aos princípios constitucionais, normas do Estatuto da Criança e do Adolescentes e orientações internacionais.

A propósito, a Constituição Federal, artigo 227 e seguintes (BRASIL, 1988), acompanhados dois anos mais tarde do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/1990 (BRASIL, 1990), nos seus artigos 1ª; 28, § 1º; 100, inciso XII; e 150 fomentou a oitiva obrigatória da criança e adolescente, assim como definiu ser competência do judiciário na implementação de uma equipe interprofissional. No entanto, não havia previsão legal determinando a efetivação do depoimento especial, de forma antecipada, ao qual, apenas surgiu, na forma ao qual é apresentada na Lei nº 13.431/2017, após experiências de julgamentos ocorridos no Poder Judiciário.

De acordo com a nova legislação o depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova, de forma obrigatória, quando a criança tiver menos de 7 (sete) anos ou em caso de violência sexual, conforme art. 11, §1º, inciso I da Lei 13.431/2017. O intuito do legislador, reforçado por entendimentos jurisprudências anteriores, foi de evitar a exposição da criança a um sofrimento desnecessário sobre a reprodução repetitiva dos fatos, tendo em vista que o direito justo não é aquele que se aplica friamente, ao pé da letra, mas sim o que está no espírito da lei, buscando os valores socioeconômicos reinantes (MAXIMILIANO, 1991, p. 180).

Desde a vigência da Lei nº 13.431/2017, em Abril de 2018, o Poder Judiciário tem discutido formas de uniformização de procedimentos sobre a oitiva única, criando com isso, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 299, de 05 de novembro de 2019, para dispor sobre as garantias da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, regulamentando a forma

de compartilhamento de provas entre distintas jurisdições para fins de evitar repetição, além da obrigação de implementação de salas de depoimento especial em todas as comarcas e a utilização de elementos tecnológicos para fins de transmissão *on-line* do depoimento especial em audiências (CNJ, 2019).

Outrossim, foi prevista pela Resolução nº 299 (CNJ, 2019) a necessidade de formação de um Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense de Crianças e Adolescentes ao qual foi devidamente lançado em 15 de Julho de 2020. Por meio deste Protocolo (WCF/Brasil, CNJ e UNICEF, 2020) se tornou possível a padronização do procedimento de entrevista forense para fins de viabilizar o depoimento especial como meio de prova testemunhal de extrema relevância para elucidação dos fatos que envolvem delitos sexuais em face de crianças e adolescentes.

A hipótese é que a implementação do depoimento especial de forma antecipada e única irá conferir para a sociedade mais segurança jurídica, pois não basta uma lei ser válida e eficaz, sendo necessário também que seja assegurada a faculdade de bem agir para alcançar a justiça almejada. Essa segurança jurídica para a sociedade envolve não apenas a elaboração da norma pelo Legislativo, a quem preocupa-se primordialmente com a segurança (*a priori*) dela, mas também passa pelo Judiciário com a análise da justiça-certeza (*a posteriori*) do direito. Essa atuação em conjunto é necessária, pois ambos os poderes possuem um ponto que os une: a sociedade (SOUZA, 1996, p. 68).

Isso ocorre porque ambas, segurança (representada pelas normas propostas pelos governantes) e justiça (representada pela atuação do poder judiciário na efetivação das leis justas) se comportam dialeticamente, de forma a alcançar a inevitável integração. Unidas, são pressupostos de garantia da boa ordem da sociedade. Esta, por sua vez, necessita tanto de justiça como de segurança e como as duas são indissociadas, não podem se contrapor, pois devem atender às exigências do bem comum (SOUZA, 1996, p. 68).

### 1.3 Requisitos da relevância e urgência e a aplicação da regra da proporcionalidade na oitiva única

Segundo a legislação “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” (grifo nosso) (BRASIL, 2017). Ademais, seguirá o rito cautelar de antecipação de prova conforme inciso I e II, §1º, artigo 11 da Lei nº 13.431/2017: **quando a criança tiver menos de 7 anos e em caso de violência sexual** de forma a diminuir o número de vezes que vítimas e testemunhas precisam relatar o fato ocorrido (BRASIL, 2017).

Legalmente, na esfera criminal, a produção de prova antecipada já tinha previsão legal nos artigos 156, 225 e 366 do CPP justificando-se sempre que as provas forem consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; em situações em que for necessário diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante; por perecimento da prova (por enfermidade ou por velhice), assim como em situações de urgência, em caso de acusado citado por edital, sem comparecimento à justiça (BRASIL, 1941).

A Lei de Escuta Protegida, ao trazer novas previsões de produção de prova antecipada, preocupou-se com a definição do crime (abuso sexual) e do sujeito passivo (criança menor de 07 anos ou pessoa que sofra violência sexual), sem precisar acrescentar urgência e relevância como requisitos expressos na lei. Dessa forma, seriam esses requisitos não mais necessários? Ou caberia, ainda, a análise expressa desses requisitos tendo em vista a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal? Com efeito, a mera ausência de previsão expressa não retira a importância da análise da urgência e relevância, no entanto certo é que sua identificação nos casos previstos no inciso I e II do art. 11 da Lei 13.431/2017, na maioria das vezes, “saltam aos olhos”.

A configuração da urgência ocorre, nos termos da fundamentação para oitiva única, quando houver risco que o depoimento da vítima/testemunha

infantojuvenil pereça com o decurso do tempo, assim como quando houver configurado que a produção antecipada deste depoimento possa amenizar o sofrimento formado pela vitimização secundária, tendo em vista tratar-se de seres em desenvolvimento incompleto. Por sua vez a relevância desta prova testemunhal antecipada se depara com o fato dos crimes sexuais ocorrerem na maioria dos casos de forma clandestina, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios diretos, dificultando, assim, a colheita desses depoimentos.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Machado:

Provas urgentes são aquelas ameaçadas de desaparecimento; e relevantes são aquelas que têm o potencial de esclarecer quaisquer aspectos diretamente relacionados ao *thema probandum*. Além de ter por objeto apenas as provas urgentes e relevantes, a produção antecipada deverá observar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. A necessidade significa que a providência antecipatória tem de ser absolutamente indispensável, de modo que, sem ela, a prova não poderia ser produzida por outro meio nem no momento processual próprio; a adequação quer dizer que a medida deve ser apta ou realmente capaz de colher a prova almejada; e a proporcionalidade tem por objetivo assegurar que as medidas antecipatórias não venham a causar algum prejuízo jurídico maior do que aquele representado pela perda da prova que se pretende antecipar (MACHADO, 2013, p. 468.).

Além disso, deve ser analisado anteriormente se este depoimento (da criança/adolescente) é de fato indispensável para o esclarecimento dos fatos, pois, caso consideradas desnecessárias ou irrelevantes (quando há, por exemplo, amplo material probatório sobre a questão de fato), a providência deve ser indeferida (art. 400, §1º, do CPP), em razão da já comentada exposição que gera a vitimização secundária. E, ainda, mesmo sendo indispensável ao esclarecimento dos fatos, cabe ressaltar que a vítima/testemunha infantojuvenil tem direito constitucional a permanecer em silêncio (art. 5, VI, CF), dando assim, novos contornos à obrigação legal de depor enquanto testemunha, prevista no art. 206, do CPP.

Tais contornos envolvem a aplicação da regra da proporcionalidade, que busca evitar restrição dos direitos fundamentais, devendo ser avaliada em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na fase da adequação deve ser analisado se a medida é apta ou realmente capaz de colher a prova almejada. No Brasil, um difundido conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for "apto para alcançar o resultado pretendido" (ÁVILA, 1999, p. 172). Adequado, segundo Virgílio Afonso da Silva, não é somente o meio para alcançar o objetivo, "mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, ainda que o objetivo não seja completamente realizado" (SILVA, 2002, p. 23).

Neste contexto, deve ser analisado se a colheita deste depoimento na forma antecipada irá combater a vitimização secundária por meio do depoimento único, de forma a evitar que o trauma da criança seja constantemente lembrado e vivido. É inegável que a determinação contida no artigo 11 da Lei nº 11.431/2017 preenche o pré-requisito da adequação, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade, na medida em que é inquestionável o caráter coercitivo da medida que determina e pressiona que os magistrados, promotores e delegados, sempre que possível, colha, por meio da produção de prova antecipada, o depoimento especial, salvo quando a vítima/testemunha prefira optar pelo direito ao silêncio.

Por sua vez, a sub-regra da necessidade informa que a providência antecipatória deve ser absolutamente indispensável, ou seja, comprovar que pelas vias tradicionais o objetivo perseguido não possa ser promovido, nem que haveria outro meio para tanto. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto (SILVA, 2002, p. 50).

Nesse contexto, foi observado que as medidas previstas no artigo 11 da Lei nº 11.431/2017 são adequadas, pois promovem uma forma de reduzir a vitimização secundária da criança que sofre abuso sexual, por meio da antecipação de seu depoimento, colaborando para que não tenha a criança ou adolescente que repetir por mais de uma vez o relato sobre o ocorrido. Por sua vez, para avaliar a necessidade deve-se cotejá-las com outras medidas que eventualmente pudessem ser capazes de promover o mesmo objetivo com a

mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos acusados, assim como da autonomia da autoridade policial e do Ministério Público em deliberar sobre a oitiva da criança em sua fase investigativa pré-processual.

Sendo assim, na análise da necessidade de uma medida, deve-se indagar sobre a existência de medida igualmente eficaz, que restrinja em menor escala a ampla defesa e a autonomia funcional. No caso em análise, não se identifica medida alternativa que restrinja em menor escala referidos direitos, ao menos com a mesma intensidade, pois a parte acusada deverá participar da oitiva antecipada, devidamente acompanhada por seu advogado ou defensor público, assim como será possível, caso devidamente justificado, nova oitiva do menor, desde que o requerimento seja devidamente fundamentado, com consentimento da vítima em se expressar (§2, art. 11º da Lei 13.431/2017). Além disso, a oitiva antecipada tem uma finalidade maior: proteger eventual vítima criança de abuso sexual, conferindo o direito ao esquecimento.

O artigo 11 da Lei nº 13.431/2017 é adequado e necessário, mas isso não significa, por si só, que seja considerada proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, em que é analisado o direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção integral da criança e do adolescente justificaria essa pequena limitação à autonomia funcional e ampla defesa do investigado. Nesse sentido:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. **Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.** (Grifo nosso) (SILVA, 2002, p. 26).

Nesse contexto, a oitiva única da vítima/testemunha de abuso sexual, na balança da ponderação possui maior peso que eventual restrição ao contraditório e ampla defesa do investigado, assim como a autonomia funcional do Ministério Público e da Autoridade Policial. Nesse sentido, o procedimento antecipado do depoimento especial não causa prejuízo jurídico maior do que aquele representado pela perda da prova que se pretende antecipar.

Há autores, contudo, que discordam das medidas previstas no artigo 11 da legislação (BRASIL, 2017), pois afirmam que a produção de prova antecipada, de forma cautelar, apenas seria possível quando o Ministério Público já dispusesse de elementos para oferecer denúncia, sendo, assim, medida absolutamente excepcional (LOPES JR., 2016, p. 608). No entanto, o legislador ao trazer a primeira previsão legal, impondo como regra que vítima ou testemunhas de abuso sexual prestem seu depoimento uma única vez por meio de uma Ação Cautelar de Antecipação de Prova, deixou claro a importância do direito ao esquecimento do dano sofrido, em especial no tocante as crianças e adolescentes.

Nesse diapasão, pode-se concluir que a previsão do art. 11 da Lei 13.431/2017 preenche os requisitos da proporcionalidade, seja na medida da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devendo, ainda, ser analisado cada caso concreto, tendo em vista as exceções legais como direito ao silêncio ou quando houver provas suficientes para a comprovação do delito.

#### **1.4. Das hipóteses legais de obrigatoriedade em face do depoimento especial antecipado previstas no art. 11 da Lei 13.431/2017**

A Lei de Escuta Protegida apresentou duas hipóteses de obrigatoriedade de depoimento especial (I) quando a criança tiver menos de 7 anos para vítimas ou testemunhas de violência de forma ampla; e (II) em caso de violência sexual (BRASIL, 2017). No entanto, cabe de logo indagar: por qual motivo houve restrição da idade da criança para 7 anos quando o conceito legal de criança definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é de até

12 anos incompletos? A redução desta idade não iria contra o princípio da proteção integral? Não seria essa norma restritiva a um direito fundamental? O que seriam as hipóteses de violência sexual? Este inciso englobaria então todas as idades? Quem possuiria legitimidade ativa para pugnar esse tipo de depoimento único?

O legislador ao editar o inciso I do artigo 4º da Lei nº 13.431/2017<sup>2</sup> procurou proteger a criança com menos de sete anos de idade, vítima de qualquer tipo de violência (física, psicológica, sexual e institucional), utilizando apenas o critério etário pela condição vulnerável da criança, seja pela dificuldade de se expressar, seja para evitar seu sofrimento, conferindo o direito ao esquecimento, assim como para fins de obter uma prova com maior qualidade. Essa restrição etária, contudo, acaba enfraquecendo a proteção em face da vitimização secundária de crianças de 8 até 12 anos incompletos, que

---

<sup>2</sup> Assim dispõe a Lei 13.431/2017:

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 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. (BRASIL, 2017).

também são vulneráveis. Nesse contexto, o legislador não priorizou o princípio da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ao deixar sobre livre arbítrio dos operadores a produção desta prova antecipada.

Os motivos que fundamentam a referida restrição de idade para a oitiva antecipada não tem peso suficiente para justificá-la. Afinal, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990). Ademais, é imposição constitucional que a família, a sociedade o Estado assegurem à criança, com absoluta prioridade, proteção integral, colocando-a a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Por sua vez o inciso II, não utilizou o critério etário, mas sim material, pelo tipo de delito cometido, qual seja, a violência sexual, que, nos termos do inciso III do art. 4º da Lei 13.431/2017, pode ser configurada por “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”, podendo ser abuso sexual, exploração sexual comercial ou tráfico de pessoas. Nesse contexto, pessoas de idades zero até 18 anos incompletos (conforme definição do ECA para configuração de criança e adolescente) que forem vítimas ou testemunhas deste tipo de delito devem ser ouvidas, considerando a facilidade que a vítima pode ser constrangida para não delatar os fatos.

No tocante a oitiva de crianças e adolescentes em crimes de abuso sexual, merece destaque:

Neste local, muitas vezes, as crianças/adolescentes são ouvidas na presença do agressor, ou mesmo de sua mãe. Entretanto, em muitos casos, a presença da mãe no depoimento da criança/adolescente pode ser inadequada, tanto quanto a do agressor, já que algumas mães são coniventes com o abuso sexual, ou mesmo culpam a criança ou adolescente pelo acontecido e pelas mudanças geradas após a descoberta dos fatos.

Somado a isto, ocorre que, às vezes, o depoimento da criança/adolescente vítima é colhido em local não reservado; sendo

assim, em algumas situações, os profissionais que estão colhendo o depoimento ou pessoas que estejam no mesmo ambiente fazem comentários que podem gerar dúvidas ou constrangimento na criança/adolescente. Isso tudo pode dificultar o depoimento da vítima e agravar seu estado emocional, além de frustrar o fim maior da própria investigação policial, que é a apuração dos fatos acerca dos crimes sexuais cometidos. (CENTRO REGIONAL DE MAUS-TRATOS NA INFÂNCIA, 2009, p. 56).

No entanto há autores que defendem a não obrigatoriedade da antecipação da provas, pois afirmam que a produção de prova antecipada, de forma cautelar, apenas seria possível quando o Ministério Público já dispusesse de elementos para oferecer denúncia, sendo, assim, medida absolutamente excepcional (LOPES JR; AURY, 2016, p. 610). Há ainda autores que afirmam que nem sempre será possível a antecipação de prova cautelar, sustentando que em situações excepcionais a autoridade policial poderia colher esse depoimento quando não identificado a autoria, nem houver indícios de materialidade do fato delituoso, sem precisar realizar o depoimento especial na esfera judicial.

Isso não significa que a antecipação da prova, através do rito cautelar, deva ocorrer sempre, em que pese ser a regra geral prevista no artigo 12 § 1º da Lei 13.431, de 04 de abril de 2017. A autoridade policial poderá, em casos especiais, excepcionalmente, diante da necessidade e sempre justificando, proceder à oitiva das crianças e dos adolescentes vítimas e testemunhas de violência, utilizando os procedimentos previstos na lei. (...)Nos casos onde não se identificou a autoria, nem há indícios da materialidade e a descrição do fato delituoso, em razão da impossibilidade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa, muitas vezes haverá a necessidade de se proceder o depoimento especial em sede policial. Com as informações obtidas neste depoimento, poderá ser avaliada a possibilidade da adoção do rito cautelar de antecipação de prova, previsto no artigo 11, § 1º da Lei nº 13.431/17, em sede judicial. (VILLELA; SANTOS, 2019, p. 47/48).

De acordo com esses autores, sem identificação de autoria não seria adequada essa oitiva judicial, sob pena de não ser respeitado a ampla defesa do acusado. Ademais, afirmam que considerando o caráter inquisitivo do inquérito, poderia ser realizado o depoimento especial na fase de investigação preliminar e, em seguida, com a identificação da autoria, realizar outra oitiva como prova antecipada para evitar discursos colidentes, pela perda de

memória ou falta de expressão da criança, assim como pela possível inserção de dados na cabeça da crianças (falsas memórias) quando o acusado for inocente. Cristina di Gesu está entre os autores que afirmam que apenas caberia pedido de produção de prova antecipada se houver investigação prévia na esfera policial com necessária oitiva da vítima.

Bastante preocupante no novel procedimento é a busca, por parte do investigador, de indícios suficientes de autoria do abuso sexual, lastreado comumente na palavra da vítima, mormente porque diante da impossibilidade de oitiva dela, em razão da previsão de escuta única através do procedimento de produção antecipada de provas, quem ele indicará como suspeito de cometimento do fato?”. A autora continua seu raciocínio afirmando que esse não é o único questionamento, suscitando-se uma séria de dúvidas: quem será encarregado de narrar o fato e indicar o suposto autor no registro de ocorrência? A genitora do infante, assistente social, o conselho tutelar? Haveria necessidade de uma investigação prévia sobre o suposto autor do alegado abuso ou bastaria a produção antecipada de provas com fundamento na narrativa e na indicação de terceira pessoa? Seria necessária uma averiguação sobre como foi procedido o interrogatório da vítima, com o intuito de evitar acusações levianas e temerárias? Isso poderia dar azo à indução, à formação de falsas memórias e à alienação parental (GESU, 2018, p. 196-197).

No entanto, embora a Lei de Escuta protegida em seu artigo 8º tenha estabelecido que o depoimento especial “é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade **policial** ou **judiciária**”, permitindo discussão em face da controvérsia de que o depoimento especial possa ocorrer na esfera policial, tem prevalecido que esta não deve ser a regra. Inicialmente por falta de estrutura física e pessoal devidamente qualificado, ademais, porque a oitiva em solo policial não se trata propriamente de prova, pois não será produzida sob o crivo do contraditório, o que, por si só, geraria necessidade de nova oitiva em juízo. Além disso, a norma estabeleceu que nas hipóteses de violência em sentido amplo abaixo dos sete anos, assim como de violência sexual para crianças e adolescentes já seriam necessariamente obrigatórias por disposição legal a produção de prova antecipada deste depoimento único (LIMA, 2012, p. 327).

Ressalta-se que o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Relatório Final referente aos estudos realizados pela pesquisa “*A oitiva de crianças no Poder Judiciário brasileiro: estudo com foco na implementação da*

*Recomendação n.33/2010 do CNJ e da Lei n. 13431/2017* apresentou forte recomendação de realização desta oitiva de uma única vez a partir do uso do termo “sempre que possível pelo legislador”.

A Lei n. 13.431/2017, em seu art. 11, *caput*, assim dispõe: “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”. Há, portanto, uma forte recomendação de realização do procedimento de uma única vez a partir do uso do termo “sempre que possível” pelo legislador. Constatou-se, portanto, que a realização do expediente de antecipadamente não vem sendo realizada com constância. Visando alterar esse aproveitamento do instituto da medida cautelar, uma solução interessante seria a abertura de maior diálogo entre delegacias de polícia e Ministério Público, de modo que o delegado, ao receber notícia da violência praticada contra criança ou testemunhada por esta, faça imediata comunicação à promotoria competente para que seu representante analise o caso e proponha ação cautelar de produção de prova, nos termos do art. 21, VI, da Lei nº 13.431/2017 (CNJ, 2019).

Nesse contexto, o depoimento especial, propriamente dito, apenas pode ocorrer com respeito ao contraditório e ampla defesa, de forma que se for realizado em solo policial, por se tratar de fase inquisitória, não haveria necessidade de observância deste devido processo legal, não constituindo, portanto, um depoimento especial. Ademais, em não havendo identificação do agressor, em sendo realizado a oitiva única da vítima ou testemunha infantojuvenil por prova antecipada, imprescindível a designação de Defensor Dativo para resguardar o contraditório, em caso de eventual acusação de autoria em face de terceiro (BADARÓ, 2016, p. 426).

Por outro lado, com a identificação do agressor, e estando ele foragido, impõe-se a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que determina a produção de prova antecipada quando se enquadrar em questões urgentes. É importante ressaltar que a Lei 13.431/2017 não faculta a utilização do depoimento especial, que seria a oitiva da criança por meio de uma equipe técnica especializada, mas sim afirma que deverá ocorrer, seja por meio da prova antecipada, seja no depoimento for colhido no curso regular do processo, salvo se a vítima/testemunha solicite que este depoimento seja prestado diretamente ao juiz, nos termos do §1º, artigo 12 da Lei nº 13.431/2017.

Além disso, mesmo quando presentes as hipóteses legais de obrigatoriedade de oitiva única antecipada a vítima/testemunha pode ainda optar pelo silêncio. Cabe, ainda, a reinquirição da suposta vítima/testemunha a qualquer tempo, desde que tenha sua anuência, cabendo ao juiz natural da causa decidir sobre a conveniência e utilidade desta medida, pois trata-se de situação excepcional que, como tal, deve ser devidamente fundamentada.

Essa produção de prova antecipada prevista no §1º, art. 11 da Lei de Escuta Protegida, por possuir rito cautelar, poderá ser realizada por meio de ação própria ou como pedido incidental na petição inicial, almejando não apenas uma colheita adequada deste depoimento, mas acima de tudo a proteção da criança e do adolescente, a ampla defesa e contraditório do acusado. O legislador não trouxe previsão legal expressa em face de quem possui legitimidade para pugnar essa produção de prova testemunhal antecipada. Todavia, considerando tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada, a parte legítima para essa Ação Cautelar é o Ministério Público, que a utilizará para produção de prova com o fito de subsidiar a investigação, dando suporte a persecução penal, que será dirigida ao juiz natural da causa (LIMA, 2019, p. 221).

No entanto, a produção de prova antecipada não afasta a atuação da autoridade policial no inquérito em face da colheita dos elementos informativos, haja vista que eles possuem a função de apresentar fundamentos adequados para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia. É certo que os elementos informativos, por si só, não podem isoladamente fundamentar a sentença penal condenatória, sob pena de violação ao devido processo legal, por isso a importância da produção de prova antecipada, quando necessário.

Quanto a isso, Lima leciona que:

[...] elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo

magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão de acusação (LIMA, 2013, p. 556).

Complementando, o autor defende que:

Com a devida vênia, como visto anteriormente, na fase investigatória, não se pode usar a expressão 'prova', salvo no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Objetiva o inquérito policial a produção de elementos de informação. Por isso, preferimos dizer que o órgão do Ministério Público é o destinatário desses elementos, e não da prova, cuja produção se dá, em regra, somente em Juízo, quando a decisão acerca da prática de determinado fato delituoso compete única e exclusivamente ao juiz natural (LIMA, 2013, p. 559).

Sendo assim, embora seja competência da autoridade policial a colheita dos elementos investigativos, é possível concluir, nos termos da teoria dos poderes implícitos<sup>3</sup>, assim como em respeito ao princípio da autonomia funcional, que a autoridade policial pode representar diretamente ao Judiciário por esta antecipação de prova, pois, quem pode o mais, que é representar pela prisão entre outras medidas extremamente gravosas, pode o menos (*a maiori ad minus*<sup>4</sup>), que é propiciar a produção de provas em prol de pessoas vulneráveis (crianças e adolescentes).

Assim, diante do preceito constitucional específico que preza pela eficiência da atividade policial, e havendo a omissão do legislador infraconstitucional, não se pode limitar o poder-dever dos órgãos policiais, já que a constituição não fez tal ressalva, aplicando-se à atividade de polícia judiciária a teoria dos poderes implícitos (ALMEIDA, 2014, p. 18).

---

<sup>3</sup> Tal teoria surgiu na decisão proferida pela Suprema Corte Americana, no caso *McCulloch v Maryland*, onde ficou definido que deve existir uma relação razoável entre as funções estabelecidas aos órgãos pela Constituição e os meios utilizados por estes para cumprir sua incumbência e que os meios adotados não podem ser proibidos pela própria constituição. Essa teoria defende que ao serem definidos os objetivos e as competências dos órgãos, ela, implicitamente, concede aos mesmos a liberdade de adota mecanismos necessários para cumprir suas obrigações, sendo-lhe vedada apenas o que a constituição proíbe. Destarte, a teoria dos poderes implícitos teria a função de integrar o ordenamento jurídico, impedindo que a administração se omita por falta de lei que regule o caso. Para tanto, dever-se-ia seguir o espírito da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, classificada como norma supralegal pela doutrina e jurisprudência dominantes, a qual prescreve em seu do artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2012).

<sup>4</sup> Argumento utilizado no processo lógico de enunciação de regras implícitas a partir de regras explícitas.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da teoria dos poderes implícitos na atividade da polícia judiciária (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC: 107644 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2011). Dessa forma, cabe também, a autoridade policial, quando entender necessário, pugnar pela produção do depoimento especial, de forma antecipada, nos termos do art. 11 da Lei 13.431/2017. Cabe ressaltar que a oitiva única nesta fase é de suma importância pois é nesse momento em que também são realizados as provas periciais como o exame sexológico e do corpo delito, assim como geralmente é nesse local o primeiro contato da vítima e familiares com as instâncias formais de controle social.

A produção desta prova antecipada pode ocorrer antes mesmo da propositura da denúncia, pois a ideia é que a criança ou adolescente seja ouvida o quanto antes, visando minorar a dor sofrida, além de estar com a memória recente ativada, podendo descrever melhor os fatos. No entanto, paralelamente a produção desta prova antecipada, poderá a autoridade policial continuar investigando os fatos, seja por meio das perícias, seja por meio das oitivas de testemunhas, conforme determinado expressamente no art. 22 da Lei nº 13.431/2017. Por fim, a possibilidade da autoridade policial suscitar a produção de prova antecipada ao judiciário não afasta a necessidade de comunicação ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público considerando que ambos podem requerer Medidas de Proteção para vítima ou testemunha e família, não apenas pelo âmbito penal, mas também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Jadir Cirqueira de Souza acompanha o entendimento de que o depoimento especial em solo policial não deve ser a regra, todavia defende a realização de escuta especializada, realizada por policiais que estejam preparados para entrevistas forenses em ambientes humanizados, ao qual leve em consideração as condições peculiares de desenvolvimento.

(...) o melhor seria que o depoimento especial fosse único e prestado em juízo, cautelarmente ou durante a ação penal ou civil, pois nada impede que a gravação judicial do ato seja encaminhada à

autoridade policial, logo em seguida, para as diligências criminais cabíveis para elucidação dos fatos criminosos, uma vez que o depoimento especial, além de proteção ínsita, é apenas uma das provas e não dispensa as demais ações policiais investigativas, como recomendado pelo artigo 22 da lei em referência. (...) De qualquer modo, mesmo como exceção, jamais como regra, para evitar a revitimização do passo, será possível que as Delegacias de Polícia possuam salas de depoimento especial, desde que sejam apropriadas, acolhedoras e com equipes policiais treinadas e inseridas nos protocolos humanizados de atendimento de crianças e adolescentes, especialmente para a realização dos trabalhos nos fins de semana, feriados e quando não seja possível, desde logo, utilizar-se o depoimento especial em juízo (SOUZA, 2018, p. 207-208).

Por sua vez, o magistrado, nos termos do inciso I do art. 156, poderia pugnar, de ofício, pela produção desta prova antecipada, qual seja, o depoimento da vítima/testemunha que sofreu abuso sexual. A possibilidade de iniciativa probatória conferida ao magistrado é bastante controversa, os que defendem a constitucionalidade fundamentam na concepção publicista e na função social do processo, pois afirmam que o juiz não pode ficar inerte, na medida em que deve buscar o máximo possível de reconstrução dos fatos em juízo. Seguindo esse entendimento Ada Pellegrini Grinover assevera que:

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mas perto se estará da verdadeira paz social. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-la. Somente assim a jurisdição atingirá o escopo social (GRINOVER, 2016, p. 03-05).

Da mesma forma, Eugênio Pacelli:

O Estado de Direito não pode abrir mão da realização daquilo que entende e consagra por *concretização dos direitos fundamentais*, ainda que pela via judicial e ainda pela via coercitiva, como sói ocorrer com o direito penal e com o processo penal. De tudo resulta, então, o que a verdade material ou os procedimentos e regras voltados para construção da certeza judicial também se incluem

como função e como missão do aparato normativa estatal, ocupando os mesmos níveis de relevância de outros direitos e garantias individuais (PACELLI, 2016, p. 93).

Aury Lopes Júnior, por sua vez, não segue mesmo entendimento, afirmando categoricamente que a gestão da prova é fundamental na distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo, sustentando, portanto, que “atribuir poderes instrutórios a um juiz - em qualquer fase - é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático”, com comprometimento, inclusive, da imparcialidade (LOPES JUNIOR, 2017, p. 64).

Estando a norma em vigor, sem declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, respeitando, ainda, os princípios de proteção especial das crianças e adolescentes, é possível concluir pela possibilidade desta legitimidade de ofício pelo magistrado, pois a interpretação do art. 11 da Lei 13.431/2017 não pode ser restritiva. De fato, os princípios constitucionais e infralegais em torno das crianças e adolescentes não regulamentam somente a aplicação das normas, nos termos do artigo 100, parágrafo único, IV, do ECA, mas também são importantes para gerenciar e orientar todas as atitudes concretas da sociedade, da família e do Estado em prol das crianças e adolescentes, conforme preceitua Antônio Cezar, citando Zeno Veloso e Válter Kenji Ishida:

O princípio do melhor interesse é de difícil definição, pois é o princípio dos princípios, como disse Zeno Veloso, sua definição é tarefa quase impossível, sendo aplicação de um conjunto de direitos em determinado caso concreto, materializável por meio da reunião de profissionais do Direito especializados em matéria de Direito da Criança e do Adolescente e de outros técnicos voltados ao tema, os quais analisarão condutas, tratativas e soluções que sejam benéficas aos direitos da criança e/ou adolescente considerando sempre o caso concreto. **Ao lado da Proteção Integral, o princípio do melhor interesse é outra regra basilar do direito da criança e do adolescente, devendo permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes** (Grifo nosso). (FONSECA, 2015, p. 14/15).

Nesse contexto, é possível sustentar que a legitimidade para pugnar este tipo de produção de prova antecipada é ampla, pois visa a proteção

absoluta e integral das crianças e adolescentes vítimas/testemunhas de abuso sexual.

No entanto, ressaltamos que um novo método não significa simplesmente nova técnica de investigação, mas deve gerar uma nova cultura ética de tutela processual aos infantojuvenis, mas tutela a partir do instante em que não pensamos o si mesmo, mas o outro respeitando em sua diferença. Devemos conduzir o caso judicial com respeito, dignidade, paciência, discrição e disponibilidade, isso faz toda a diferença em casos envolvendo crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência (POTTER, 2019, p. 383).

Por fim, o depoimento especial em juízo de forma única, embora não seja uma realidade na maioria das comarcas do Brasil (conforme relatório divulgado pelo CNJ em 28 de maio de 2019), com a vigência da Lei de Escuta Protegida deixou de ser uma discricionariedade do Poder Judiciário, uma vez que trata-se de norma cogente, e, portanto, de cumprimento obrigatório. Para fins de viabilizar a oitiva única do depoimento da vítima ou da testemunha que sofre violência é necessário, antes de mais nada, estrutura física e profissionais qualificados, no entanto, neste estudo foi verificado que das vinte e quatro comarcas escolhidas para análise, apenas catorze possuíam infraestrutura adequada para realização do depoimento especial (CNJ, 2019).

Trata-se portanto de medida de urgência a ser implementada pelos Tribunais Estaduais, considerando que, por tratar-se de norma procedimental, incide imediatamente nos casos que estão sendo investigados ou processos em curso, nos termos do artigo 2º do CPP e art. 5º, inciso XXXVI da CF. Sendo obrigatório para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual, abaixo dos 07 anos para violência em sentido amplo e facultativo para adultos entre dezoito e vinte e um anos, nos termos do art. 3º da Lei 13.431/2021 c/c art. 2º do ECA.

Nesse sentido, o maior desafio para efetividade do depoimento especial único, além das críticas elencadas nesta dissertação, é a falta de recursos humanos suficientes (equipe técnica especializada) e infraestrutura (salas especiais, com circuito interno unidirecional de televisão), principalmente nas pequenas comarcas (GOMES, 2015). Grandes esforços devem ser empreendidos, pois a demora excessiva na condução do

procedimento investigativo, com a colheita deste depoimento, aumenta a angústia e o sofrimento da vítima/testemunha direta e de seus familiares. A efetiva aplicação da oitiva única prevista no art. 11 da Lei de Escuta Protegida, portanto, reduzirá a vitimização sofrida, assim como auxiliará na melhor resolução da fato, em busca da verdade, seja para a vítima, seja para o acusado.

Com efeito, o legislador infraconstitucional ao estabelecer no art. 11 da Lei nº 13.431 (BRASIL, 2017) que o depoimento especial “sempre que possível” será realizado uma única vez, perdeu uma oportunidade de dar maior indispensabilidade a uma norma de tamanha importância procedimental e material. Afinal, há uma aparente incoerência entre, de um lado, toda a teleologia da legislação que impõe uma obrigatoriedade ao depoimento especial único e, por outro, o “sempre que possível” do art. 11 da referida Lei. Trata-se de dois termos contraditórios, haja vista que ou o depoimento especial único deve ser aplicado de forma imperativa ou facultativa.

Por isso, ao inscrever o “sempre que possível” no art. 11 (BRASIL, 2017) o legislador deixou para o magistrado fundamentar quando não seria viável essa oitiva única obrigatória. O que acontece é que não há outra interpretação, com base na proteção integral e dignidade da criança e do adolescente, que não a aplicação obrigatória desta oitiva antecipada e única. Dessa forma, apenas em casos excepcionais, devidamente fundamentando pelo magistrado, é que haveria a legitimidade do afastamento da regra estabelecida no art. 11 da Lei de Escuta Protegida.

Assim, Cristina di Gesu afirma categoricamente que “a coleta de prova em um prazo razoável aumenta sua confiabilidade, ou pelo menos minimiza os danos em relação à falsificação da lembrança”, pois afirma que quanto menor o espaço de tempo entre o delito e a colheita do depoimento da vítima/testemunha de abuso sexual “menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influência externas” aliado “a uma entrevista forense realizada com qualidade (GESU, 2018, p. 170).

Dessa forma, a implementação do depoimento especial único, embora ainda não seja uma realidade nas comarcas brasileiras, merece especial atenção, não apenas dos gestores dos Tribunais de Justiça, mas de todos profissionais que trabalham diretamente com crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual ou qualquer tipo de violência, pois devem todos envidar esforços para concretização deste objeto, prevenindo e evitando as formas de vitimização, em especial, a secundária.

## **CAPÍTULO 2 - CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA VÍTIMA SEXUAL INFANTOJUVENIL: SUJEITO OU OBJETO DO PROCESSO PENAL**

### **2.1 O Estado violentador como agente responsável pela violência indireta**

Os delitos de violência sexual são agressivos por si só, mesmo quando não envolvem violência de fato, pois ferem a alma das pessoas. No entanto, ao se buscar o sistema de justiça esse dano pode se tornar ainda maior, eis que envolve uma série de fases burocráticas em um sistema tortuoso, machista e vitimizador. Quando se adentra no abuso sexual infantojuvenil esse enfrentamento da violência tem uma responsabilidade estatal ampliada, tendo em vista a vulnerabilidade dessas vítimas e o fato de envolver uma violência estrutural intrafamiliar.

Portanto, não se deve estudar a violência sem relacioná-la com a sociedade que a produziu, porque ela se nutre de fatos políticos, econômicos e culturais desenvolvidos por meio das relações cotidianas. Essa violência estrutural está marcada por uma violência praticada em face de vítimas ou testemunhas infantojuvenis a partir de um cenário socioeconômico e político brasileiro caracterizado por um processo de escravização, desenvolvimento desproporcional e desigualdades sociais. A estruturação dos problemas sociais não ocasiona apenas uma violência direta, mas sim uma complexa soma de dificuldades pelo uso inadequado dos meios de controle social que quando acumuladas resultam em um Estado violentador.

Nas palavras das assistentes sociais, Jaina Pedersen e Patrícia Grossi:

Torna-se evidente que o abuso sexual intrafamiliar, assim como as demais formas de violência, emergem do cenário socioeconômico e político da sociedade. Valores culturais, preconceito relacionado ao gênero, à geração, à raça/etnia e as práticas discriminatórias são fatores que resultam na exclusão em massa de grande parte da população e, conseqüentemente, muitos acabam sendo alvo de violência, nesse caso, do abuso sexual intrafamiliar. (PEDERSEN; GROSSI, 2011, p. 29).

Nesse contexto, o Estado violentador se põe como agente da opressão quando perpetua tais estruturas de violência. Sendo o Estado violentador, ele não cumpre com a responsabilidade que atribui a si próprio na garantia de direitos à população. O termo vem, inclusive, sendo utilizado pela jurisprudência brasileira:

No caso em tela, exclusivamente pela mora estatal, a ofendida já tinha adquirido a maioria quando instada a falar sobre o evento delitivo, o que não diminui a necessidade de atenção no procedimento adotado para a sua oitiva, porquanto, se o caminho para uma menor vítima de abuso já é tortuoso e vitimizador, estender a tramitação do feito e inobservar a cautela necessária para tratar da questão em juízo, acentua injustificavelmente a vitimização secundária e traz à lona reflexões acerca do **Estado violentador**. (STJ - REsp: 1776053 BA 2018/0284160-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 16/11/2018).

Essa reflexão em face do Estado Violentador com o estabelecimento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, detalhando as garantias constitucionais, crianças e adolescentes, os tratando como sujeito de direitos se tornou ainda maior, considerando a necessidade do não tratamento como objeto em face da intervenção estatal. Contudo, o Código de Processo Penal (1941) encontra-se desalinhado em muitos casos ao que dispõe a Constituição Federal e a legislação esparsa, encarando esses infantes como objetos de provas de um determinado crime, ou colaboradora para a prática da própria infração.

Nesse sentido, o artigo 59 do Código Penal, dispõe que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências [sic] do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, CP, 2018, grifo nosso). Assim, é possível problematizar se o Código Penal e o Código de Processo Penal, de fato, acolhem as vítimas como detentoras de direitos, notadamente as crianças-vítimas com garantias pautadas na Constituição Federal. Conforme Bitencourt (2009, p. 41):

A vítima foi esquecida e tratada sempre como um objeto que apenas deve colaborar com a investigação criminal. Não foi diferente com o Direito Penal, que é um direito punitivo-sancionador, ou com o Processo Penal, que limitou a participação da vítima à condição de testemunha-informante objetivando colaborar no esclarecimento do fato, ou, inclusive, com a Política Criminal, que procura prevenir o crime trabalhando o potencial infrator, mas esquece de oferecer programas e medidas eficazes contra a potencial vitimização e revitimização.

Na verdade, a discussão em face dos cuidados específicos das vítimas infantojuvenis por ocasião da colheita do depoimento ainda é novidade. Há registros de Estado Violentador com presenças de crianças em tribunais desde tempos atrás, como bem apresenta Carmen Lisbôa Weingärtner Welter e outros autores, no artigo denominado *Considerações sobre o depoimento de criança/adolescente vítima de violência sexual*:

Um dos mais famosos casos históricos envolvendo a presença de criança em tribunais é o 'Julgamento das Bruxas de Salem', ocorrido nos Estados Unidos, no século XVII. Um grupo de crianças, conhecido como *circle girls* afirmou, entre outros fatos, terem visto membros da comunidade voando em cabos de vassouras e ordenado aos insetos para que voassem para dentro das bocas das crianças e fincassem sua garras em seus estômagos. Como resultado, 20 pessoas foram acusadas de bruxaria, julgadas culpadas e condenadas à morte. Porém, nos dias de hoje, a participação das crianças no sistema jurídico tem ocorrido principalmente na condição de vítima, motivada, em sua maioria, pelo submetimento destes a agressões de toda natureza (WELTER,2011, p. 8-9).

Dentro desse panorama apontado de Estado violentador estaria o Estado brasileiro, via poder judiciário, adimplindo com a obrigação constitucional de amparar a população infantojuvenil, notadamente nas situações de crimes sexuais? Quais os meios para coibir a violência no âmbito familiar e institucional nesses casos?

O sistema penal repressivo tradicional (sem as alterações implementadas pela Lei 13.431/2017) possui um caminho árduo para a vítima infantojuvenil, pois há um longo processo até se chegar no julgamento dos fatos pelo magistrado. Geralmente os primeiros relatos sobre o crime ocorrem

nas redes de ensino, creches, hospitais ou serviços médicos, mas também podem ocorrer por vizinhos, familiares ou amigos. Em seguida, as instituições de ensino ou de saúde realizam comunicação diretamente ao Conselho Tutelar do Município, em cumprimento com o art. 13 do ECA (BRASIL, 1990), já as pessoas físicas, como regra, informam a autoridade policial, que também realizará a comunicação ao Conselho Tutelar.

Nessa fase, ainda preliminar, a vítima presta seu depoimento sobre o abuso sofrido, na maioria das vezes, sem acompanhamento de uma equipe interdisciplinar ou de algum profissional capacitado para tanto. Em seguida, a vítima é encaminhada para o Departamento Médico Legal (exame ginecológico, vaginal, anal, de secreções, lesões etc.), situação em que pode acabar repetindo o relato do ocorrido. Os dados coletados são encaminhados para autoridade policial que pode, mais uma vez, interrogar a vítima. Quando a autoridade policial reúne as provas pertinentes e entende por fato típico encaminha o inquérito policial para o Ministério Público que poderá, mais uma vez, ouvir o depoimento da vítima ou requerer que seja ouvida por perito/psicólogo, oferecendo, ao final, denúncia contra o(s) autore(s) da violência, se houver indícios suficientes de autoria e materialidade (POTTER, 2019, p.197).

Percebe-se que até oferecimento da denúncia pelo Ministério Público a criança ou adolescente teve que repetir os fatos ao menos pra quatro setores diferentes passando por um longo processo pré-processual. Importante mencionar que todo o depoimento prestado nesta fase não possui valor probatório, por si só, para condenação ou absolvição do acusado. Isso ocorre, entre outros fatores, pela não observância da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito, tendo em vista seu caráter inquisitivo, sendo sempre necessária alguma prova produzida em juízo para, em conjunto com o inquérito, embasar a procedência da ação penal (GONÇALVES, 2019, p. 60/61). Esse entendimento pacificado na jurisprudência resultou na nova redação do art. 155, do Código de Processo Penal estabelecendo que (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.

Diante disso, apenas após a vítima prestar seu depoimento na esfera judicial é que este passará a ter valor probatório concreto. Nesse momento a memória da vítima já foi violada, adulterada ou manipulada com diversas entrevistas pelo qual passou. Todas essas intervenções podem produzir um dano ainda maior na vítima/testemunha infantojuvenil:

As diversas intervenções podem produzir um dano ou traumatismo maior nos relacionamentos familiares e nas crianças individualmente do que o abuso original. Além de produzir a revitimização, a repetição de entrevistas, como demonstram as pesquisas científicas, poderá fragilizar a confiabilidade da declaração da vítima como prova no processo criminal (PISA; STEIN, 2007, p. 465).

Resta, assim, visível a fragilidade do sistema de justiça na colheita deste depoimento, que muitas vezes pode inclusive distorcer o depoimento da vítima, em especial se for criança. Esse complexo aparato jurídico-penal do Estado para o exercício do *ius puniendi* pode ser considerado tão negativo quanto o próprio cometimento do abuso, somado ao fato de uma falta de uma rede de proteção capaz de conferir um acompanhamento pleno e eficaz para as vítimas antes, durante e após o término de eventual processo judicial (MORENO, 2016, p. 78/79).

É nessa perspectiva que tem-se, pois, o processo de revitimização estatal ou a vitimização secundária. Primeiramente aquele infante foi vítima de um crime perante a sociedade, e quando ingressa no sistema penal, é vítima novamente, mas tendo como parte autora o Estado violentador. Com relação a esse processo de revitimização, Bitencourt explica que:

Podemos verificar outro tipo de vitimização, onde a violência é causada pelo sistema de justiça que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas novas

vítimas, agora do estigma processual-investigatório; podendo dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do fato, provocando ainda uma sensação de impotência, desamparo e frustração com o sistema de controle social, provocando descrédito e desconfiança nas instituições de justiça criminal (BITENCOURT, 2009, p. 2).

Isso quer dizer que a vítima-testemunha, criança, sofre pela ausência de tratamento específico, desconsiderando sua personalidade em desenvolvimento. O sistema de justiça repressivo, na forma tradicional, configura um Estado violentador, especialmente em razão das fragilidades verificadas nesta dissertação ao qual acaba diminuindo, inclusive, a confiança das vítimas/testemunhas em notificarem os sistema de justiça em face da violência sexual sofrida, em especial quando se trata de crianças e adolescentes.

Por tais razões muitos delitos permanecem subnotificados, aumentando a sensação de medo da vítima e da sociedade, onde não são raros os casos em que é feita “justiça com as próprias mãos”, como meio de autoproteção ou vingança (CÂMARA, 2008, p. 89). A vítima ao analisar a relação custo-benefício sente-se insegura com o sistema de justiça e tem medo da revitimização que pode ocorrer no exercício desse *ius puniendi*, por tal razão acaba optando por não comunicar os fatos às instâncias formais de controle social, alimentando, assim, as chamadas cifras negras (SHECAIRA, 2014, p. 87).

Essa subnotificação em face dos delitos de abuso sexual é consequência de diversos fatores entre eles a demora do processo, contexto social financeiro, impacto psicológico na ocorrência do delito, não sendo raros os casos em que nasce na vítima o sentimento de culpa, como se ela fosse responsável pela ocorrência daquele fato, pois nem ela consegue compreender o porquê daquele acontecimento em sua vida (MOLINA; GOMES, 1997, p. 92/94). Neste contexto, a responsabilidade constitucional do Estado, quando estamos discutindo questões envolvendo criança e adolescente, é nitidamente maior, pois cabe ao Judiciário envidar esforços na colheita adequada desta prova testemunhal, considerando não apenas a

dificuldade de expressão, mas também da identificação deste abuso sexual infantojuvenil.

## **2.2 Violência sexual em números e a palavra da vítima ou testemunha infantojuvenil**

Os dados compilados pela Secretaria Nacional de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (BRASIL, 2018), utilizando números do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), informam que do total de atendimentos realizados por ano no Brasil, considerando o ano de 2018 (52.515), prevalece a violência física, que concentra 40,5% do total de atendimentos de crianças e adolescentes, principalmente na faixa de 15 a 19 anos de idade; em segundo lugar, destaca-se a violência sexual, notificada em 20% dos atendimentos, com especial concentração na faixa de 5 a 14 anos de idade (BRASIL, 2018, p. 46).

O estupro é o tipo mais frequente de violência sexual que demanda atendimento, concentrando 59% do total de atendimentos por violências sexuais notificadas, sendo maior sua incidência na faixa de 10 a 14 anos de idade, com uma taxa de 17,7 atendimentos para cada 100 mil crianças e adolescentes nessa faixa etária, mas também, em escala menor, nas faixas contíguas: 5 a 9 e 15 a 18 anos de idade, com taxas em torno de 10. Em segundo lugar, com 19,2% dos atendimentos, vem o assédio sexual. As maiores taxas de atendimento foram registradas também na faixa de 10 a 14 anos e, em segundo lugar, na faixa de 5 a 9 anos de idade. Em terceiro lugar tem-se o atentado violento ao pudor, representando 15,1% dos atendimentos, e tem maior peso dos 5 aos 9 anos, mas também dos 10 aos 14 anos de idade (BRASIL, 2018, p. 47).

Com incidência relativamente menor, os atendimentos por exploração sexual representam 4,1% e de pornografia infantil totaliza 2,7%. Em ambos os casos, as maiores vítimas são crianças e adolescentes na faixa dos 5 aos 14 anos de idade. A dimensão da exploração sexual no Brasil certamente é muito maior do que os percentuais registrados nas estatísticas governamentais.

Muitas vezes está ligada com a exploração sexual comercial, com o tráfico de pessoas e suas conexões com o crime organizado, o que evidencia a dificuldade para se levantar informações em certos organismos da esfera pública, assim como para contar com a cooperação dos informantes (BRASIL, 2018, p. 48).

Outra importante fonte de dados sobre o fenômeno da violência sexual contra criança e adolescentes é o Disque Denúncia (Disque 100). Esse serviço foi criado em 1997, pela Associação Brasileira Multidisciplinar de Proteção à Criança e ao Adolescente (ABRAPIA). A partir de 2003 o serviço foi incorporado à estrutura da Secretaria Especial de Direitos Humanos como instrumento da política de enfrentamento contra as violações de direitos, cujos dados fornecidos são fundamentais para subsidiar a definição de estratégias para diminuir as incidências. As denúncias de violência sexual online já eram acolhidas pelo Disque 100 e no período de 2013 a 2015 totalizaram 598 registros. As 598 denúncias registradas no Disque 100 geraram 845 violações, com a maior concentração em abuso sexual (347), seguido de pornografia infantil (247) e *sexting*<sup>5</sup> (104) (BRASIL, 2018, p. 51).

### **Disque 100 - Dados de Denúncias Violência Sexual On-Line - 2013 a 2015**

---

<sup>5</sup> A utilização do termo *sexting*, que representa a união das palavras "sex" (sexo) e "texting" (envio de mensagem de texto), iniciou com o envio de textos com conteúdo sexualmente sugestivo via mensagens SMS pelo aparelho celular, e hoje, com os avanços tecnológicos, se dá através de aplicativos de conversa de *smartphones*, redes sociais e *sites* de relacionamento, mediante o compartilhamento de fotos e vídeos de conteúdo íntimo.

Disque 100 - Dados de Denúncias Violência Sexual On-Line _ CREAD														
ANO	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	%
2013	16	23	42	31	18	6	21	10	6	19	13	11	216	36,12%
2014	6	3	14	20	26	45	24	24	13	22	14	8	219	36,62%
2015	17	33	10	13	12	3	8	34	5	2	9	17	163	27,26%
Total Geral	39	59	66	64	56	54	53	68	24	43	36	36	598	100,00%
%	6,52%	9,87%	11,04%	10,70%	9,36%	9,03%	8,86%	11,37%	4,01%	7,19%	6,02%	6,02%	100,00%	

Elaboração: BRASIL, 2018, p. 52.

A violência de gênero começa já na infância e juventude. As denúncias acolhidas pelo Disque 100, em 2015 (153.962), revela que meninas são as maiores vítimas (54%) e meninos com 46%. Com relação a faixa etária, a mais atingida é de 04 a 11 anos, somando 40%, seguido das faixas etárias de 12 a 17 anos com 31% e de 0 a 03 anos com 16%. Considerando raça/cor as meninas e meninos negros/ pardos somam 57,5% e brancos 41,6%. Assim “a questão fundamental para além de superar as desigualdades geradas pela histórica hegemonia masculina é superar ideologias complementares desse sistema de opressão, como é o caso do racismo” (BRASIL, 2018, p. 59).

Por fim, e de acordo com as estatísticas do Ministério da Saúde, em 2018, 69,2% dos delitos são cometidos, na maioria dos casos no seio familiar ou de pessoas com proximidade de vínculo. Ademais, o Brasil apresentou um aumento de 83% nas notificações gerais de violências sexuais contra crianças e adolescentes, entre 2011 e 2017, segundo o boletim epidemiológico do Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 5).

Com esses dados vem a percepção de que os crimes sexuais em face de crianças e adolescentes, na maioria dos casos, ocorrem de forma clandestina, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas

ou vestígios. Isso significa que a colheita do depoimento da vítima é de extrema importância para o deslinde da investigação policial, assim como para busca da verdade nos autos pelo magistrado para posterior condenação ou absolvição. Trata-se da principal prova para este tipo de delito tendo em vista o *modus operandi* da atuação do crime, mas isso não significa que será a única, eis que é necessário analisar o conjunto probatório, por vezes precário, para formar a convicção do magistrado. Esse tem sido o entendimento reiterado da jurisprudência:

[...] 1. A teor da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima tem validade probante, em particular no delito de estupro, crime executado de forma clandestina, por meio da qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios (art. 217-A do CP). [...] (AgRg no REsp 1431590/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014).

A oitiva da vítima, nos termos do art. 201 do Código de Processo Penal, será colhida pelo magistrado, sempre que possível. Todavia, no §1º, art. 201 do CPP (BRASIL, 1941) há a previsão indicando a condução coercitiva da vítima, nos casos em que, tendo sido pessoalmente intimada, não comparecer espontaneamente, sob o fundamento do princípio da verdade real. Essa previsão legal de condução coercitiva da vítima é um problema complexo pois envolve conflito entre o interesse público na demonstração da verdade e os direitos da vítima, em especial pelo fato da vítima ser tratada como informante, não prestando, portanto, compromisso de dizer a verdade acerca dos fatos.

Para alguns, a vítima teria então o verdadeiro dever de depor. Como afirma Mayra dos Santos Zevattaro: “conclui-se por ora, pelo dever do ofendido em depor ao longo dos atos de inquérito e da ação penal, a fim de identificar o seu ofensor e possibilitar a sua punição pelo Estado, uma vez que praticado um crime, passa a ser interesse estatal a retribuição por esse” (ZAVATTARO, 2018, p. 35-36). Há aqueles, porém, que questionam essa obrigatoriedade da vítima colaborar com o sistema de justiça. Eduardo Mayr, por exemplo, defende não ser adequada essa obrigação de colaboração, especialmente quando ela tiver o condão de gerar revitimização. Em suas palavras, “entre o interesse social na apuração do ilícito e o interesse da vítima deste mesmo

ilícito na defesa da sua vida privada e familiar, haveria que prevalecer o desta, ainda mais em face da forma esdrúxula de colheita de prova até agora vigente” (MAYR, 1992, p. 74).

Embora a oitiva do depoimento da vítima seja relevante, em especial para esses tipos de delito, pode ser dispensada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, quando, por exemplo, há um conjunto probatório suficiente nos autos, ou até mesmo quando a vítima sofrer algum tipo de ameaça séria e fundada. Além disto, o magistrado, ao analisar as provas, necessitará da máxima cautela, pois na dúvida, não havendo provas suficientes, deverá aplicar o princípio constitucional da presunção de inocência (*in dubio pro reo*). Assim, de acordo com esse entendimento explica Edilson Mougnot Bomfim que “havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido”. (BONFIM, 2016, p. 99).

No mesmo sentido, seguem as orientações jurisprudencial, como no exemplo destacado abaixo:

A palavra da vítima em crimes de natureza sexual deve, para ensejar um condenação, encontrar-se alicerçada e em consonância com outros elementos que convicção que a corroborem, sendo insuficientes depoimentos meramente derivados da versão da suposta ofendida. **Inexistindo comprovação cabal da autoria do crime, impõe-se a aplicação do postulado do *in dubio pro reo*, para promover a absolvição do acusado.** (Grifo nosso) (TJ-RR - ACr: 0060110000142, Relator: Des. MAURO CAMPELLO, Data de Publicação: DJe 19/04/2013)

A dificuldade de obtenção desta prova qualificada é característica própria da clandestinidade deste tipo de delito, que na maioria das vezes é cometido em locais isolados e até mesmo em seio familiar, tendo a doutrina e jurisprudência conferido maior relevância a palavra da vítima. Nesse âmbito, a palavra da vítima irá guiar a colheita das demais provas, seja de acusação, seja de defesa, em busca da verdade dos fatos (RANGEL, 2014, p. 467), tentando, assim realizar uma reconstrução do fato passado (crime) (LOPES JR., 2016, p. 355).

Ao exercer este poder e levar o caso para julgamento, o magistrado se vale do livre convencimento motivado ou persuasão racional, pois poderá valorar as provas da maneira que entender melhor, devendo, entretanto,

fundamentar sua decisão de forma a possibilitar o exercício do duplo grau de jurisdição. No entanto, esta valoração, por parte do magistrado, sempre envolve uma grande complexidade e problemática em torno da palavra da vítima, tendo em vista a ausência de testemunhas e vestígios, restando assim, muitas vezes, a palavra da vítima como o único meio de prova contra o acusado.

A colheita deste depoimento, se torna, ainda mais difícil quando a violência sexual ocorre em meio intrafamiliar (pais, padtros/madastras, irmãos, avôs ou tios), pois nesta situação denunciar o abusador é uma atitude penosa com envolvimento de laços afetivos, duvidando-se muitas vezes do depoimento prestado pela criança ou adolescente. Essa ausência de credibilidade no relato infantil se amplia não apenas no âmbito familiar, mas infelizmente também no âmbito do sistema de justiça, pois ainda existe a crença de que “as crianças mentem e adultos falam a verdade” ou de que “a comunicação das crianças é menos válida ou menos confiável”, ocorrendo, assim, prejuízos ao processo judicial.

Nessas situações, portanto, é muito comum ocorrer o fenômeno chamado síndrome do segredo que consiste na ocultação da verdade dos fatos, seja pela criança, seja pelos familiares, pois o sofrimento em expor o problema é maior do que o ocorrido (BALBINOTTI, 2009, p. 8).

A falta de evidências médicas e de elementos para comprovar o abuso sexual infantil, a necessidade de acusação verbal por parte da criança, a falta de credibilidade ao menor, as consequências da revelação, ameaças físicas e psicológicas, distorção da realidade, medo de punição pela ação que participou, a culpa da criança, a negação e a dissociação são um dos fatores da síndrome do segredo (FURNISS, 1993, p. 29).

Outro aspecto comum em crimes sexuais intrafamiliares consiste na “síndrome da negação”, quando a vítima direta (criança ou adolescente) e/ou familiares acabam ingressando em um processo de negação da realidade, dos acontecimentos, como uma forma de tentativa de reparação dos danos,

justamente por ser praticado por alguém de quem se espera proteção. Como bem leciona João Batista de Moura:

Como base na imaturidade e insegurança, própria do estado de formação da vítima, esta se cala ou nega quanto à existência dos fatos na medida em que acredita que familiares ou terceiros, inclusive autoridades, não acreditarão em sua palavra. Esse círculo vicioso se agrava quanto maior for a proximidade do abusador com a vítima, uma vez que no âmbito intrafamiliar se estabelecem relações de confiança e afeto, cuja revelação do segredo representa uma quebra, senão uma traição de um místico pacto de silêncio (MOURA, 2016, p. 42).

Além desses fatores, a vítima ou testemunha acabam omitindo ou mentindo a tortura vivida, dificultando o relato dos fatos, pois muitas vezes são ameaçados pelo abusador, passam a ter medo do rompimento familiar, inclusive com a síndrome da alienação parental, quando a própria mãe não abusiva não acredita na revelação prestada pela criança, por estar muitas vezes submetida a companhia do marido-agressor, em decorrência de uma situação de desamparo.

Estimativas mundiais informam que possivelmente uma entre quatro meninas e um entre cada seis meninos chegam à idade adulta após sofrerem algum tipo de violência sexual. **Ainda estimativas mundiais informam que não mais de 10% das violências praticadas conseguem ser reveladas**, dado esse que revela o nível de impunidade que existe nesse tipo de crime. Estatísticas, mais do que as estimativas, informa que, em razão da falta de preparo dos adultos para ouvirem essas revelações (família, escola, saúde, polícia, justiça), desses 10% dos casos que conseguem ser revelados, não mais do que um décimo dos abusadores é responsabilizado. (Grifo nosso). (DALTOÉ, 2012, p. 4).

Essa falta de preparo e consciência familiar e dos adultos de uma forma geral aumentam as estimativas de subnotificação do delito, sendo imprescindível que a colheita desta prova seja realizada por uma equipe preparada, respeitando o contraditório e a ampla defesa, para evitar distorções naturais em suas declarações (NUCCI, 2016, p. 472), assim como para resguardar a busca da verdade dos fatos. A propósito, recentemente o

Conselho Nacional de Justiça editado a Resolução nº 253 de 04 de setembro de 2018, ao qual trouxe algumas disposições dirigidas ao Poder Judiciário para a adoção de “providências necessárias para garantir que as vítimas de crimes e atos infracionais sejam tratadas com equidade, dignidade e respeito pelos órgãos judiciais e de seus serviços auxiliares”, considerando a “ausência de legislação específica sobre a matéria” (CNJ, 2018, p. 11).

Neste contexto, como regra, a palavra da vítima deve prevalecer, mas deve ser corroborada por outros elementos de prova para respaldar a sentença condenatória contra o acusado, salvo se for o único elemento de prova do magistrado, em especial nos casos de crimes que ocorrem de forma clandestina, sem deixar vestígios, como nos delitos sexuais, como afirma Pedro Henrique Demercian e Jorge Maluly:

A restrição do valor probatório que se faz às declarações da vítima, em regra, é observada quando são elas o único elemento de convicção do Juiz de Direito e estão em confronto com a versão do acusado. No entanto, há oportunidades em que a palavra do ofendido não alcança extremo valor probante, principalmente nos delitos praticados na clandestinidade, quando estão ausentes testemunhas presenciais da cena criminosa (DEMERCIAN, MALULY, 2014, p. 351).

Conforme evidenciado, tradicionalmente, o Código de Processo Penal prevê duas fases de oitiva da vítima. Inicialmente pela autoridade policial e, posteriormente, caso seja recebida a denúncia, perante o representante do Poder Judiciário, qual seja o magistrado, para nova oitiva da vítima (segundo prevê o inciso IV, artigos 6º e 212º do Código de Processo Penal do Brasil). A vítima/testemunha infantojuvenil é, então, ouvida ao menos duas vezes, embora muitas vezes seja necessário o respeito ao seu silêncio e intimidade. Nesse sentido, se a criança ou adolescente preferir não falar, “devem ser respeitadas as condições subjetivas que muitas vezes os colocam sem condições de se expressarem sobre a violência vivida ou presenciada” (AMORIM, 2010, p. 5).

No entanto, quando realizado pelo modo tradicional as perguntas na fase de instrução processual para a vítima ou testemunha de abuso sexual

infantojuvenil não havia distinção ao modo de inquirição dos adultos. Elas são feitas, como regra, diretamente as partes, podendo ser refeitas pelo magistrado, na maioria das vezes, por ausência de preparo técnico, realizadas em uma linguagem jurídica inadequada. Esse depoimento, tão relevante para o processo, acaba sendo filtrado e intermediado pelas falas não apenas do juiz, mas dos promotores e advogados, causando, por vezes, danos psíquicos por meio de perguntas inadequadas ou constrangedoras, pois visa-se apenas a busca incessante pela verdade dos fatos e produção de provas para punir ou absolver o agressor (PIMENTEL, 1998, p. 28).

Dada a delicadeza da matéria em causa e o tipo de exame que em geral tem lugar, essa colheita de provas requer uma especial competência e sensibilidade por parte dos profissionais que nela intervêm. Esse sistema de investigação criminal em face dos métodos de abordagem no Brasil ainda é passível de muitas críticas, pois, infelizmente, a vítima/testemunha é duplamente atingida, primeiro pelo crime (vitimização primária), em seguida pela violência do aparato repressivo estatal (vitimização secundária), quando do uso invariavelmente inadequado dos meios de controles sociais, sem contar que o ato da fala vai além da linguagem, principalmente quando se trata de crianças e adolescentes.

O proferimento de palavras pode dar-se com gestos e atos não verbais ou mesmo sem proferimento linguístico algum e, nesse sentido, sublinhamos a importância do silêncio como uma forma de linguagem. Os sistemas de comunicação entre adultos e crianças não é fácil. Cada um tem a sua particularidade. São Particularidades verbo-corporais que se caracterizam por expressões faciais e gestos, variantes linguísticas e sons. Tons altos e baixos, agudos ou graves, entonações, expressões lentas e rápidas, emprego de vozes e sons naturais ou imitações com a boca, ou mesmo com as mãos, pés, com o corpo, enfim, de todo o tipo de sons e ruídos (POTTER, 2019, p. 232).

O segredo que envolve o abuso sexual intrafamiliar comporta para a criança a proibição de verbalizar os fatos, pois muitas vezes o trauma é tamanho que não consegue sequer pensar no que está acontecendo. Isso porque quando a criança ou adolescente é vítima de abuso sexual raramente

conta sobre a violência espontaneamente, por medo, falta de compreensão ou por achar que é proibido e sujo. Dessa forma, faz-se necessário analisar os significados das falas e emoções constitutivas do discurso da criança/adolescente, pois um tratamento pessoal não adequado conduzirá a um agravamento da situação psicológica da criança, uma maximização da sua vulnerabilidade e sentimento de culpa resultantes do sofrimento do crime, assim como pela duração excessiva dos procedimentos penais e repetitivos deslocamentos ao Poder Judiciário.

### **2.3 Vitimização primária, secundária, terciária e sua prevenção por meio do depoimento especial**

No momento em que há a realização de um delito penal surge não apenas a figura do infrator, mas também da vítima, sendo este último aquele que suporta as consequências advindas da prática da ação delitiva. Neste contexto, o surgimento da vítima em uma sociedade é tão antigo quanto a origem da própria humanidade. Como bem afirma Vanessa De Biassio Mazzutti:

Pode-se ponderar sob esse prisma que a questão atinente às vítimas ostenta caráter tão antigo quanto a própria existência do homem, como apontam exemplificativamente o Código de Ur Nammu; Código de Hammurabi, ao tratar do castigo levando em consideração o tipo de vítima e de delinquente; Lei das XII Tábuas, ao dispor quando se demitia a vingança privada; a lei mosaica e as Leis de Manu, ao tratarem dos sacrifícios (MAZZUTTI, 2012, p.41).

No entanto, embora a noção de vítima seja bastante antiga, ela sofreu transformações ao longo dos anos, passando inicialmente pela concepção de vingança privada ilimitada, período ao qual tinha uma atuação com mais importância, pois diante de um mal que lhe fosse provocado, cabia à própria vítima e familiares, com o uso de suas forças, apresentar uma resposta ao delito. Nesta fase, a vítima conheceu a “Idade do Ouro”, pois como não havia ainda o monopólio nas mãos do Estado, ela tinha um importante poder de disposição no que tange à aplicação do castigo, havendo, ainda, o cuidado em relação à reparação dos danos (OLIVEIRA, 2007, p. 57).

Com o passar dos tempos, foi observado que a vingança privada exercida sem limites estimulava o surgimento de ciclos de violência, representando risco para própria vida em sociedade, dizimando populações e atingindo terceiros inocentes, momento em que o Estado sentiu necessidade de exercer o monopólio do *ius puniendi*, sem uso da vingança privada, sendo relevante para o surgimento do princípio universal e moderno da pessoalidade da pena, mas contribuiu sobremaneira para o afastamento da vítima da dogmática penal, tornando-se, praticamente uma figura esquecida (CÂMARA, 2008, p. 24). Antonio Scarance Fernandes tece excelentes considerações em face desta transição da vítima do papel de protagonista para o de figura esquecida, relatando que:

Com o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno, a vítima é relegada definitivamente a segundo plano. O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social, cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-la. O processo penal acusatório, inquisitório ou misto neutraliza a vítima: a relação jurídica que se forma é entre juiz, réu e acusador, este, de regra, um órgão do Estado. Por isso mesmo, desponta e se consolida o Ministério Público como o órgão encarregado de promover a ação penal em quase todos os crimes. Na administração da justiça penal, importa o interesse público, não o privado, devendo a resposta ao crime ser proveniente de órgão marcado pela imparcialidade e isento de paixões. É encetada uma verdadeira luta para acabar com a justiça privada. Por tudo isso, restringe-se bastante o papel da vítima: só pode acusar em número pequeno de casos, enquanto, nos demais, a grande maioria, cabe-lhe somente o dever de noticiar o fato e testemunhá-lo perante o tribunal (FERNANDES, 2001, p. 15).

Por muitos anos a vítima foi deixada de lado, uma vez que a aplicação das penas, por ser de monopólio do Estado, passou a ter um papel de prevenção especial e geral, perdendo o cunho reparatório e a consequente preocupação com a satisfação dos interesses das vítimas. Neste cenário, a vítima era tida apenas como objeto neutro e passivo, a qual recaia a conduta criminosa, em especial nas ações públicas incondicionadas, em que a vontade da vítima para seu exercício é dispensada, porque parte da premissa que o processo não pode ter como objeto preocupações de cunho privado (SÁNCHEZ, 2011, p. 159).

Nesse momento a vítima era vista como um objeto do processo penal neutro e passivo sobre a qual recai o delito. Essa noção reproduzida durante anos teve como consequência o fato de que, diante de um delito, a intervenção estatal além de não atender aos interesses da vítima, ainda acaba ensejando novos danos ou ampliando aqueles já causados pela infração penal, ocorrendo, assim, a vitimização secundária.

A análise da vitimização primária e secundária e suas consequências apenas passou a ser observada pela criminologia praticamente após o século XX, eis que até então não havia normas específicas para proteção delas, ainda mais envolvendo crianças e adolescentes. Essa nova fase passou a ser conhecida como “nova idade de ouro das vítimas” ou uma “redescoberta da vítima<sup>6</sup>, pois os estudos da vitimologia nos últimos anos serviram de base para a nova posição que a vítima vem adquirindo ao longo do tempo, qual seja, a noção de que a vítima é sujeito de direitos e, como tal, necessita de proteção (CÂMARA, 2008, p. 60-61).

Essa consciência em face da necessidade de repensar a vítima no ordenamento jurídico sofreu alterações significativas ao longo do tempo<sup>7</sup>, com inovações legislativas. Como já relatado neste trabalho a vítima deixou de ser apenas objeto para ser sujeito de direitos, com direito de participação ativa, de ouvir e ser ouvida<sup>8</sup>. Nesse cenário, foi possível distinguir a vitimização primária da secundária, principalmente no âmbito dos crimes sexuais, pois o abuso sexual infantojuvenil é uma das formas mais graves de violência praticada contra os membros de uma comunidade e esse processo de vitimização

---

<sup>6</sup> Guilherme Costa Câmara (2008) prefere utilizar o termo “moderna perspectivação da vítima”, em detrimento da terminologia “redescoberta da vítima” sob o fundamento de que a utilização deste termo poderia trazer a falsa noção de que o que se defende seria um retorno do protagonismo da vítima nos termos existentes no passado, enquanto, na realidade, o contexto seria absolutamente distinto.

<sup>7</sup> As primeiras normas surgiram no âmbito do Conselho da Europa pela Recomendação nº R(85)11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a posição da vítima no Direito Penal e no Processo Penal, assim como a elaboração de legislação europeia de ajuda e assistência às vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, além da Lei nº 35/1995, bem como a lei orgânica LO19/1994, de 23 de dezembro de 1994, de proteção a testemunhas e peritos em causas criminais.

<sup>8</sup> Inicialmente com a Lei nº 9.099/95, Lei de Juizados Especiais e a Lei nº 9.714/98, que reconheceu a vítima como sujeito de direitos trazendo-a para o cenário da solução de conflitos, adotando um sistema comunicativo e resolutivo entre o autor do fato e a vítima.

passou a ter especial relevância, com características próprias, a depender de cada vítima, do contexto social e cultural.

Por ser um fenômeno complexo, há doutrinadores que criaram, além da vitimização primária e secundária, uma terceira modalidade, a vitimização terciária a depender do risco, vulnerabilidade e impacto que o evento criminoso deposita no sujeito passivo do crime (IULIANELLO, 2019, p.117). A primeira fase seria a primária que é a própria exposição da criança ou adolescente ao sofrer o abuso sexual. Seria, então, o próprio dano, a ocorrência do abuso que em termos gerais pode ser definido como uso errado e excessivo de algo ou alguém.

O abuso sexual infantil pode ser definido como a participação de uma criança ou adolescente menor em atividades sexuais, as quais não é capaz de compreender. Essas são inapropriadas à sua idade e a seu desenvolvimento psicossocial, e sofrem-na por sedução ou força que transgridem os tabus sociais (SCHERER, 2008, p. 33).

No entanto, a vitimização primária não se resume apenas os efeitos nocivos que uma pessoa sofre da prática de um crime, mas também no próprio comportamento que a sociedade desenvolve em relação à vítima, o qual nem sempre é amistoso e solidário (MOLINA; GOMES, 1997, p. 84).

Não são raras as vezes em que a própria vítima tem um substancial aumento do abalo psicológico por ser ver como culpada pela ocorrência do crime, o que é corroborado muitas vezes pela própria sociedade, que tenta atribuir à vítima a responsabilidade pelo delito, como forma de tentar justificar a conduta do autor, o que se verifica na prática especialmente nos crimes sexuais e nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma, é possível concluir que a própria sociedade acaba estigmatizando a vítima, não a contemplando com solidariedade mas sim com compaixão e até mesmo desconfiança (MOLINA; GOMES, 1997, p. 84).

Por sua vez, a vitimização secundária, operada pelo sistema de justiça despreparado, ocorre quando a vítima ou testemunha precisa relembrar os fatos sofridos por diversas vezes, dificultando, em algumas situações inviabilizando, o processo de superação do abuso sofrido. Ademais, esse aumento substancial dos danos causados em decorrência do crime, coloca em

credibilidade o próprio sistema de justiça, reduzindo, assim, a comunicação dos fatos às instâncias formais de controle, perpetuando a atuação do abusador, que acaba reiterando os delitos.

Annunziata Iulianello apresenta importante reflexão em face da vitimização secundária em relação à criança e adolescente vítima de abuso sexual, nos seguintes termos:

Não se pode negar a triste realidade existente atualmente, na qual crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual – as quais já trazem em si os graves danos inerentes à prática do crime em si – são revitimizadas ao serem ouvidas por profissionais que não detêm a menor capacitação e sensibilidade para lidar com este tipo de situação, de forma que a escuta da vítima se transforma em mais uma forma de violação dos direitos e garantia as ela assegurados. Além disso, não se pode fazer com que a vítima se sinta inibida ou constrangida, dificultando sobremaneira a obtenção do relato e prejudicando a elucidação dos fatos, com a revitimização da criança ou adolescente e a não responsabilização do culpado (IULIANELLO, p. 175, 2019).

Essa ausência de capacitação e sensibilidade com o fato, após a prática do crime, torna a vítima infantojuvenil ainda mais vulnerável, pois quando finalmente a informação de suposto abuso é levada ao sistema de justiça penal, a vítima, pelo modelo tradicional de oitiva, acaba provocando um agravamento de seus danos, ao ter que lembrar o fato, narrando peculiaridades, uma consequência inevitável da reconstrução do crime para fins de auxiliar na busca da verdade dos fatos para uma eventual sanção penal.

Cabe ressaltar que não há apenas uma forma de vitimização secundária, pois ela pode decorrer diretamente do aparato de justiça que em sua atuação podem discriminar, confundir, ofender ou negligenciar, muitas vezes por falta de preparo ou qualificação específica ou por meio da vitimização indireta ou difusa quando há postergação da necessidade de preocupação com as vítimas, quando todas as preocupações estão centralizadas na pessoa do acusado (MORENO, 2016, p. 78).

Por fim, há, ainda, a chamada vitimização terciária ao qual faz referência da vítima e de seu entorno, familiares e amigos íntimos que acabam

sofrendo um dano emocional em decorrência do dano suportado pela própria vítima, mas há ainda entendimento de que seria quando o acusado passa a ser vítima do aparato de justiça penal por inúmeros fatores à exemplo de pessoas inocentes que são condenadas, danos físicos ou psicológicos suportados pela família do autor do fato e a “vitimização pós-penitenciária” (IULIANELLO, 2019, p. 123).

Como bem elencado por Jorge Jiménez Serrano, de todas as vitimizações expostas a secundária tem se destacado como a mais grave, já que quem agride é a mesma pessoa que busca a justiça, responsável pelo exercício do *ius puniendi*, afetando, assim, o prestígio do próprio sistema de justiça (SERRANO, 2015, P. 163). Além disso, ela pode iniciar muito antes de ser noticiado aos órgãos de controle, pois geralmente a primeira informação ocorre nas escolas, hospitais, clubes, programas municipais ou conselhos tutelares, os quais, não raro, não sabem propriamente lidar com a situação de forma adequada, agravando a situação (SOUZA, P.70, 2018).

Como já relatado o depoimento da vítima, nesses tipos de delitos, são essenciais, no entanto as crianças, quando inquiridas pelo modelo tradicional travavam nas audiências, não conseguiam responder as perguntas formuladas e muitas vezes choravam. Para combater essa vitimização secundária foi que surgiu as primeiras ideias de depoimento sem dano, por meio das práticas estabelecidas pelo juiz, hoje desembargador, José Antônio Daltoé Cezar que preocupado com a situação resolveu estudar o tema relatando que foi por meio da leitura do livro *Abuso sexual: a inquirição de crianças, uma abordagem disciplinar* de autoria da promotora de justiça Velada Dobke (2001), onde foi possível obter informações de como era feito a oitiva das vítimas infantojuvenis em outros países (IULIANELLO, 2019, p. 273).

A partir de então o magistrado verificou a existência de dois modelos de inquirição: a Câmara de Gesell e o *Closed Circuit Television* (CCTV), tendo optado pelo segundo, considerando a maior facilidade de aplicação prática, com mais viabilidade de ser implementado, pois seria necessário apenas uma sala em separado e um sistema de videoconferência, com auxílio de assistentes sociais e psicólogos.

O modelo Câmara de Gersell, criado pelo psicólogo norte-americano Arnold Gesell, consiste em uma sala com parede divisória de vidro, a qual divide a sala onde ficam as vítimas e o entrevistador daquela onde estão os profissionais do Direito, como advogados, juízes e promotores de justiça. Estes poderão ver o que ocorre na sala em que a vítima se encontra. É uma possibilidade de se observar as vítimas “sem que esta se sentissem pressionadas pelo olhar de um observador”, assegurando-se também os princípios do contraditório e ampla defesa. O outro modelo de tomada de depoimento é feito por meio de *Closed Circuito Television*, no qual a vítima e o entrevistador ficam em uma sala separada da sala de audiência, de forma que são utilizados equipamentos eletrônicos para registro de áudio e de imagem, utilizando-se a sistema de videoconferência. Os profissionais que estão na sala de audiência acompanham em tempo real o que ocorre na sala de depoimento especial e, por meio de um telefone ou de um ponto eletrônico, é possível o contato entre ambas as salas (IULIANELLO, 2019, p. 272-273).

Por meio de um sistema de videoconferência simples e uma equipe de profissionais da Equipe Interdisciplinar que em 2003 ocorreu no Brasil a primeira realização de oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de abuso sexual infantil nos moldes do depoimento especial. Na época, chamava-se depoimento sem dano, no entanto, foi alterado para depoimento especial, pois a primeira nomenclatura apenas evita, previne um dano maior, mas por não excluir o dano seria mais adequado utilizar o termo “especial”.

Em 2015 que passou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3792 que originou posteriormente na Lei nº 13.431/17. Na época do projeto de lei o depoimento especial sofreu diversas críticas, inclusive pelos profissionais de Assistência Social e Psicologia, em especial, por se afirmar que estariam sendo “instrumentalizados” por profissionais de direito que não teriam capacitação para fazer as perguntas às crianças e os adolescentes. Assim como pelos operadores do direito por afirmar que o depoimento especial tinha como condão produzir prova em favor da acusação, entre eles Ricardo Jacobsen Gloeckner, o qual afirma que essa forma de oitiva se preocupava apenas com o bem estar da criança, para fins de ocultar os fatos e que elas seriam “um desdobramento de técnicas de controle social que apostam na efficientização do sistema de justiça criminal” (GLOECKNER, 2016).

Compartilhando do mesmo entendimento Ricardo de Moraes da Rosa, que assim afirmou:

O que há de novo no 'depoimento sem dano' é a 'terceirização' do lugar de inquisidor, ou mesmo, cheio de boas intenções, a transferência da função de 'sugador' de significantes, a força simbólica e sua violência respectiva, para um profissional de outra área, em princípio, mais capaz de 'abrandar' a violência e imaginariamente funcionar como 'mecanismo paliativo de desencargo', na sanha de condenar, até porque, de regra, são iludidos sobre o lugar e função do Direito Penal numa democracia (ROSA, 2010, p. 162).

Na opinião desses autores o depoimento especial poderia ser substituído por perícias com laudos produzidos com respeito à vítima, no seu tempo, conforme as possibilidades e jamais em depoimentos gravados expressamente com essa finalidade. Defendendo, ainda, que violaria o princípio da objetividade da prova testemunhal, nos moldes do art. 213 do Código de Processo Penal tendo em vista que "o depoimento é conduzido e induzido pelo psicólogo/assistente social, fraudando a necessária objetividade do testemunho", assim como violaria o art. 212 do CPP, quebrando a regra da inquirição direta das testemunhas.

Contudo, mesmo antes da publicação da Lei de Escuta Protegida esse não foi o entendimento que prevaleceu na Jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>9</sup>, nem mesmo na doutrina, sendo como afirma José Antônio Daltoé Cesar (2019) que, na realidade, boa parte das críticas são fruto de um desconhecimento do trabalho que efetivamente é realizado na prática, bem como do entendimento atual hoje existente no meio jurídico.

---

<sup>9</sup> STJ, HC 226.179/RS, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08.10.2013. Dje. 16.10.2013. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274988/habeas-corpus-hc-226179-rs-2011-0282360-5-stj/inteiro-teor-24274989>> STF, RHC, 121494, Rel. Min. Teori Zavaski, Segunda Turma, julgado em 04.11.2014, Processo Eletrônico. DJE-028. Disponível em Acesso em 19 de Nov. de 2021. <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863928222/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-121494-rs-rio-grande-do-sul-9957140-3120141000000/inteiro-teor-863928246?ref=juris-tabs>> Acesso em 19 de Nov. de 2021.

Isso porque o depoimento especial, na verdade, veio a melhorar a forma de inquirição de testemunhas infantojuvenil nos delitos sexuais, seja para a acusação, seja para a defesa, considerando que muitas vezes a própria defesa pode sair prejudicada por abordagens inapropriadas de perguntas em face da criança. Ademais, a produção de um laudo pericial não observaria a ampla defesa e o contraditório, como é observado hoje nos moldes do depoimento especial. Neste sentido, o depoimento especial busca obter declarações da vítima o mais próximo da realidade, tendo como objetivo reduzir os danos em face da mesma.

Destarte, o papel da equipe técnica (assistentes sociais e psicólogos) não é de inquiridor, mas sim de um profissional capacitado para levar em consideração o contexto biopsicossocial da vítima, por compreender melhor as dinâmicas do abuso sexual, tais como a síndrome do segredo, a síndrome da adição, o conflito de lealdade com agressor, as falsas memórias, entre outros, podendo identificar a importância dos gestos, sinais, emoções, olhares e desenhos das crianças (PAULO, 2012, p. 349-368).

Nas palavras de Jadir Cirqueira de Souza, é necessário:

(...) refutar o argumento de que o depoimento especial foi criado apenas para que as palavras das vítimas sejam usadas como fundamento para a punição. Em verdade o efeito é apenas acessório, posto que mais importante do que punir é proteger a vítima evitando-se o máximo, a revitimização secundária, porém, jamais, abdicando-se do dever indeclinável de aplicar punições nos casos necessários aos infratores da lei penal contra crianças e adolescentes. (SOUZA, 2018, p. 141).

A proteção da vítima é o objetivo principal do depoimento especial, por sua vez, como consequência a palavra da vítima ou testemunha de abuso sexual passou a ser mais entendida e ouvida, pois sobreveio a ser colhida por meio de uma equipe com qualificação técnica especial para o ato, sem o seu contato direto como acusador. Além disso, a implementação do depoimento especial no Brasil veio de encontro com as diretrizes internacionais sobre a intervenção da justiça neste tema previstas na Resolução nº 20/2005 do

Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) entre elas: direito ao tratamento digno e compreensivo; direito à proteção contra a discriminação, direito à informação, entre outros aspectos, sobre os procedimentos aplicados no processo criminal e sobre o modo como se dará a sua participação; direito de ser ouvido e a expressar opiniões e preocupações, devendo os profissionais fazer o possível para efetivação desses direitos (ECOSOC, 2005).

Nessa conjuntura, não se pode entender que a sistemática adotada para obtenção do depoimento da criança ou adolescente vítima de abuso sexual nos termos da Lei 13.431/2017 esteja em confronto com a ampla defesa e o contraditório. O próprio Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em seu artigo 185, §2º, já permitia a oitiva da vítima sem a presença física do acusado, em especial, nesses casos de vulnerabilidade das vítimas e testemunhas de abuso sexual, em que se busca o respeito à dignidade da pessoa humana e a sua proteção integral.

#### **2.4 Combate à vitimização secundária por meio da implementação do direito ao esquecimento enquanto direito humano**

Em nosso ordenamento jurídico pouco se trata sobre a vitimização secundária. O Código de Processo Penal Brasileiro de 1940 foi modificado, no tocante à prova processual, por meio da Lei nº 11.690/2008, sendo o art. 201 e parágrafos, oitiva das vítimas, e no art. 202 e seguintes, das testemunhas, no entanto, a tomada de depoimento das vítimas são tratadas, no que couberem como se testemunhas fossem, sendo este um grande equívoco do legislador (DOBKE, 2001, p. 48).

Cabe enfatizar que na tomada de declarações de vítima ou testemunha infantojuvenil não existem normas específicas no ECA, aplicando, assim, as normas gerais previstas na legislação processual pertinente<sup>10</sup>. No

---

<sup>10</sup> Conforme art. 152 do ECA (BRASIL, 1190).  
Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas

entanto, essas normas gerais foram previstas para adultos, sem levar em consideração a condição peculiar de ser em desenvolvimento incompleto das crianças e dos adolescentes. Dentro deste contexto ressalta-se a importância da Lei nº 13.431/2017 ao trazer pela primeira vez no ordenamento brasileiro regras específicas para colheita deste depoimento.

No depoimento tradicional o excesso de formalismo judicial não apenas trata a vítima como objeto de investigação, mas também fere a dignidade da pessoa humana, como bem advertem Jorge Trindade e Milena Leite e Silva, quando afirmam que “o formalismo judicial pode fomentar a vitimização secundária, se a vítima sentir-se mais um objeto da investigação processual do que um sujeito de direitos” (TRINDADE; SILVA, 2005, p. 262).

O fenômeno da vitimização secundária não se resume a preocupação de evitar que a criança ou adolescente sinta-se mal durante sua passagem pelas instâncias judiciais. Não se trata de um bem-estar ou mal-estar momentâneo. Pelo contrário são efeitos nocivos da ordem da saúde e do sistema de representações sociais que regula a conduta cotidiana da criança ou do adolescente (POTTER, 2019, p. 208).

A vitimização secundária passou a ser reconhecida e discutida pela doutrina nacional e internacional com objetivo principal de evitar que a criança ou adolescentes tenha que rememorar os fatos. Com efeito, a necessidade de evitar sofrimentos adicionais encontra-se fundamento no direito ao esquecimento inclusive para fins de respaldar a urgência da colheita antecipada da oitiva da vítima/testemunha infantojuvenil nos delitos de abuso sexual.

---

gerais previstas na legislação processual pertinente.

§ 1º É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.

§ 2º Os prazos estabelecidos nesta Lei e aplicáveis aos seus procedimentos são contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, antes da publicação do art. 11 da Lei de Escuta Protegida, já havia apresentando entendimento sobre a possibilidade da produção antecipada de prova de depoimento especial de crianças e adolescentes, justificando essa produção com a necessidade de proteção da vítima, e a "possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar" (Habeas Corpus 2012/0081742-5. Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data do Julgamento 14/08/2012. Publicação DJ 23/8/2012).

Nesse julgamento discutia-se a existência ou não da urgência para aplicação do inciso I do art. 156 do CPP na colheita do depoimento, pois por se tratar de um conceito aberto, caberia ao magistrado no caso concreto fundamentar a sua existência. Ao realizar consulta jurisprudencial é possível colher um vasto número de julgamentos que questionam a aplicação da oitiva antecipada, sempre com a mesma fundamentação de ausência de urgência e de constrangimento ilegal, conforme se depreende do HC 203.896/RJ, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 29/08/2011; do RHC 27.664/DF, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO, DJe de 24/05/2010; e do HC 83.305/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJ de 01/10/2007, para citar alguns exemplos.

Com efeito, a colheita antecipada além de resguardar a memória individual, ao minimizar a rememoração dos fatos, também se traduz em uma prova com mais detalhes, considerando que o tempo poderá fragilizar o depoimento testemunhal. A urgência, por sua vez, encontra-se na própria condição de ser em desenvolvimento incompleto, em especial pelo efeito devastador dos abusos sexuais, caso comprovada a ocorrência, causando sérios malefícios psíquicos para a vítima.

O depoimento prestado pela vítima ou testemunha de abuso sexual está diretamente ligado a memória individual da criança ou do adolescente, principalmente por se tratarem de delitos ocorridos, em maioria dos casos, em ambientes privados. Essa memória individual possui proteção no direito de integridade psicológica do indivíduo que consiste em não ser injustamente

afetado em seus aspectos psíquicos, preservando sua saúde mental. Por certo, não se tutela apenas a proteção da sanidade mental, mas sobretudo um direito negativo, gerador de uma obrigação do Estado interferir ao mínimo no sofrimento de uma criança ou adolescente na colheita do depoimento da violência sexual sofrida, fatos esses tão dolorosos (BITTAR, 2015, p. 182-183).

O direito a um desenvolvimento saudável, considerando tratar-se de crianças e adolescentes, possui ainda maior relevância, em um contexto de abuso sexual, pois não deve a vítima ou testemunha ser obrigada a prestar um depoimento de forma tradicional meses ou anos após a ocorrência dos fatos, sob pena de ser eternamente perseguida pelos fatos pretéritos. Relaciona-se ainda a um *direito ao sossego* ao qual conduz a uma estabilidade psicofísica, necessária ao alcance da tranquilidade e da paz de espírito, elementos essenciais para uma vida digna (MIRANDA, 2012, p. 397-423).

O direito ao esquecimento atua, dessa forma, no combate à vitimização secundária, uma vez que fundamentaria a necessidade da oitiva única antecipada de forma obrigatória, no intuito de deixar no passado dores e cicatrizes, cuja superação, no ambiente privado dos fatos envolvidos, interessa preponderantemente ao indivíduo, como condição para assegurar o desenvolvimento pessoal e manter ileso a sua capacidade psicológica (BEZERRA JÚNIOR, 2018, p.117).

Atualmente, no Brasil, as discussões sobre os efeitos jurídicos e o alcance material de um direito ao esquecimento tornaram reavivadas, especialmente em face das novas tecnológicas de informação. Diante dos debates jurídicos, a existência do direito ao esquecimento, como uma das formas de tutela do direito da pessoa, foi expressamente tutelado em 2013 por meio do Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho Federal de Justiça (BRASIL, 2013.). Por sua vez, a Lei de Marco Civil da Internet, diploma publicado em 2014, reforçou esse entendimento, expandindo o direito ao esquecimento à divulgação de informações via internet, possibilitando a exclusão definitiva de informações, quando não forem de guarda obrigatória de registros (BRASIL, 2014).

Nos últimos anos o direito ao esquecimento passou a ser mais reconhecido e suscitado na doutrina e na jurisprudência internacional e nacional. Suas origens, contudo, não são novas. Há autores que afirmam que seu berço histórico vem desde o século V, A.C, em Atenas, por meio de uma lei sancionada por Clístenes, que determinou o exilamento por dezenas de anos aos cidadãos responsáveis por ameaça à democracia. Todavia, o direito ao esquecimento tal como colocado nos moldes contemporâneos, tem sido delineado com mais afinco a partir do século XX (CANTELE,1989, p. 96).

A este propósito citam-se alguns casos históricos. Nos Estados Unidos, o caso *Melvin VS Reid*, do Filme *Red Kimono*, teve uma grande repercussão, o qual resultou em reparação de danos por ter revivido vida pregressa de Gabrielle Darely, que fora acusada de homicídio na época, mas inocentada posteriormente (MANTELEIRO, 2013). Na Europa, por sua vez, primeiro exemplo do direito ao esquecimento usualmente citado vem da Lei de imprensa da França de 1881, que proibia a divulgação de informações pessoais. Não obstante, foi em 2010 na Espanha o primeiro caso de direito ao esquecimento reconhecido pelos Tribunais Superiores. A ação se deu em face da *Google Spain* que resultou no direito individual de desindexação, autorizando cada cidadão europeu a pedir, extrajudicialmente, que qualquer outro site de motores de busca realize a retirada de links inadequados ou até mesmo irrelevantes sobre sua pessoa. O provedor deve analisar cada solicitação para decidir sobre o seu acolhimento, e, em sendo rejeitado, poderá ajuizar demanda judicial (SARMENTO, 2016, p. 208).

No Brasil, um dos grandes exemplos do direito ao esquecimento surgiu em 1993 com a Chacina da Candelária. Naquela situação, um réu absolvido não quis dar entrevista, mas mesmo assim o programa Linha Direta vinculou seu nome e sua imagem na reportagem. A parte prejudicada teve direito a danos morais, garantido no art. 748 do CPP – direito ao sigilo da folha de antecedentes e exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) fez juízo de ponderação entre o direito de liberdade de imprensa e o direito à vida privada, reconhecendo a prevalência no caso concreto do direito ao esquecimento

(BRASIL, STJ, 2013). No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o tema 786 da Repercussão Geral, negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 1010606 e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (PORTAL STF).

Embora a tese inicie sua frase afirmando a incompatibilidade do direito ao esquecimento em face da Constituição Federal ela está restrita a concepção de obstar, qual seja, impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos, lícitamente obtidos, na esfera cível. No entanto sua concepção é mais ampla pois basta ser humano para ter a possibilidade de suscitar, por qualquer forma, o direito de não rememorar fatos pretéritos e sem interesse social, que seria possível sua aplicação, sem necessariamente significar remoção de divulgação de fatos ou dados verídicos. Ademais, mesmos nessas situações o enunciado trouxe exceção ao afirmar que se houver excesso ou abuso no exercício desta liberdade de expressão ou de informação na divulgação deste fato, devem ser analisados caso a caso, por meio da ponderação do magistrados, com base nos parâmetros constitucionais.

Sendo assim, o direito ao esquecimento fundamenta a possibilidade da pessoa humana suscitar o direito de não rememorar fatos pretéritos, sem interesse social, que possam atingir a sua dignidade e sua honra, sob o viés da proteção ao direito da personalidade. Há ainda, segundo Consalter (2017), uma concepção tripartite do direito ao esquecimento. Primeiramente, este

direito seria utilizado para evitar que o passado (administrativo, judicial ou criminal) do indivíduo seja permanentemente lembrado. Em sua segunda concepção, seria a possibilidade de apagamento ou remoção de informações pessoais, com fulcro no direito à intimidade. E terceiro, significaria a possibilidade de retirada de dados pessoais publicados na internet, ou a restrição de acesso a referidos dados por terceiros, através dos sites de pesquisa, como o Google, por ela denominados motores de busca, também conhecido como direito à desindexação (CONSALTER, 2017, p.181).

Essas três concepções apenas demonstram quão amplo pode ser a aplicação do direito ao esquecimento, sendo ainda, definido por René Dotti como a “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público” (DOTTI, 1998. p. 372). Sendo assim, o fato mesmo que verdadeiro, se vier a causar transtornos e sofrimento, pode ser afastado com base no direito ao esquecimento (*the right to be let alone*), por se tratar de um direito fundamental. Com base neste fundamento o indivíduo tem o direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força de vontade de terceiros. Configura-se, então, como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, ao qual exige um comportamento negativo dos outros para fins de proteger um bem inato: respeito à memória privada (DINIZ, 2017).

Na verdade, Maria Helena Diniz (2017) chama atenção para o fato de que a ação judicial utilizada para pugnar o direito ao esquecimento não tem como objetivo precípuo a imposição de um dever de esquecer, mas sim impedir que se recorde, injustificadamente, mediante nova divulgação ou ação, informação que possa causar um dano a um projeto de vida da pessoa em livre desenvolvimento de sua personalidade. Por isso, o direito ao esquecimento não busca apenas proteger a vida privada, mas mais do que isso, busca garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana (CASTELLANO, 2013).

Para melhor entendimento, é possível compreender, portanto, que o direito ao esquecimento não se confunde com o direito à privacidade e nem com o direito à intimidade. Isso porque, embora estes direitos estejam

interligados, o direito ao esquecimento tem objeto jurídico distinto, qual seja a memória individual. O direito ao esquecimento, portanto, está ligado àquilo que o indivíduo recorda sobre o fato, esquecendo os detalhes não pertinentes, recordando apenas o que é do seu interesse. Assim, enquanto o direito à privacidade de dados pessoais e íntimos é contemporâneo, o direito ao esquecimento visa a proteção de dados passados, com o intuito de não rememorar a situação em casos em que é indevida ou não há interesse público.

Sendo assim, pelos conceitos e pistas acima expostos, é possível concluir que para existência de configuração ao direito ao esquecimento são necessários alguns requisitos cumulativos, como: a) fato passado; b) sem relevante interesse social; c) que venham a ferir a dignidade da pessoa humana, honra e/ou imagem. Os pressupostos citados têm como objetivo, primeiramente, caracterizar o direito ao esquecimento, mas também, de forma secundária, distingui-lo do direito à privacidade e à intimidade.

Diante do exposto até então, e ultrapassada a fase de identificação do direito material, é importante observar a necessidade de analisar o juízo de ponderação (proporcionalidade e razoabilidade) em cada caso concreto, pois, não raro, haverá a discussão de colisão do direito ao esquecimento com outros direitos fundamentais, quais sejam, liberdade de expressão, acesso à informação e direito à memória coletiva. Caberá, pois, ao Judiciário decidir cada caso pelo direito que estiver precisando de maior proteção. A necessidade da ponderação se dá diante da ampliação e dos novos parâmetros da interpretação jurídica, uma vez que o aparecimento do paradigma princiológico se concretizou nas ciências jurídicas.

Nesse contexto, o juízo de ponderação implica a própria concretização do entendimento advindo de um determinado princípio, proporcionando, portanto, a densificação da norma *in concreto*. A técnica da ponderação está vinculada à técnica de decisão judicial a partir de situações essencialmente difíceis, especialmente em discussões que envolvam o princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais.

Com efeito, nenhum ato do Poder Judiciário, Executivo ou Judiciário pode excluir a possibilidade de ocorrência da vitimização primária da vítima em face do acontecimento de um crime. No entanto, é um poder-dever de todos os órgãos e da sociedade maximizar, incentivar e fomentar todas as formas de diminuição da vitimização secundária em respeito ao princípio da proteção e do direito ao esquecimento da pessoa como sujeito de direito. Neste contexto, influi-se que todos sejam capazes de atuar de forma articulada, de modo a que a investigação e orientação da vítima sejam corretamente conduzidas, e que se evite, na maior medida do possível, intervenções repetidas que apenas contribuem para a vitimizar secundariamente.

Para a vítima o tempo não volta atrás, pois não há como mudar o que ocorreu em sua vida, mas algumas pessoas podem preferir o esquecimento. É um direito que lhe cabem, afinal são vítimas. E certamente querem a punição do seu agressor, mas o esquecimento, neste caso não será uma forma de impunidade, mas sim um direito personalíssimo que pode ser solicitado, com o decurso do tempo, mesmo que o agressor ou criminoso estiver preso, pois não desejam lembrar a todo tempo uma situação que lhe causou e provavelmente lhe causa transtornos psicológicos.

Como exemplos concreto da ponderação e do direito ao esquecimento na história recente do Brasil, é possível citar o caso da mãe de Isabela Nardoni. Trata-se de um crime que recebeu à época bastante atenção da mídia pela sua agressividade porque a criança foi arremessada da janela de um edifício pelo seu genitor biológico e a madrasta, ao qual foram condenados. No entanto, algum tempo depois, em São Paulo, tentou-se exibir uma peça com o título Edifício London (nome do prédio que a menina foi arremessada). A mãe, nesta situação concreta, ingressou com ação judicial para fins de suspensão da exibição da peça, além de indenização por danos morais, pois já tinha sofrido bastante com a situação e não quis rememorar um assunto tão doloroso. Alegou que a peça fazia remissão direta ao homicídio de sua filha e considerou uma verdadeira aberração a cena em que uma boneca decapitada era lançada de uma janela. Nesta situação, o Judiciário de São

Paulo, entendeu que prevaleceria o direito da personalidade em face do direito de liberdade de expressão (LUCHETE, 2015. p. 3).

Nesse contexto, portanto, é necessário como o próprio Supremo Tribunal Federal afirmou na apreciação do tema 786 da Repercussão Geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606 que seria necessário um juízo de ponderação, em cada caso concreto, para analisar os excessos ou abusos cometidos em face da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral. Ademais, quando o sujeito de direitos em análise é uma criança ou adolescente vítima ou testemunha de abuso sexual devem ter um aparato ainda maior, tendo em vista a necessidade de dirimir discursos enraizados nas estruturas sócio-culturais que permitem e/ou validam algumas formas de maus-tratos, enquadrando-as no âmbito das estratégias educativas ou aceitando-as como “normais”, colocando a criança ou adolescente vítima numa situação de grande fragilidade e desamparo (AZAMBUJA, 2017, p. 45).

## **CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DA PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA NO DEPOIMENTO ESPECIAL**

### **3.1. Análise da produção de prova antecipada no depoimento especial em relação a participação das vítimas e testemunhas de abuso sexual e o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF)**

O direito a produção de prova antecipada surge do próprio direito de ação ou mesmo do direito de defesa, pois no Estado Democrático de Direito não há como ter o *ius puniendi* sem observação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Essa atividade exercida pelo Estado para o exercício do *ius puniendi* chama-se *persecutio criminis* e divide-se em dois momentos: o da investigação e o da ação penal (MARQUES, 1997, p. 130). Assim, para investigar os fatos, o Estado possui a Polícia Judiciária. Dispõe o art. 4º, caput, do CPP (BRASIL, 1941) que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições. É justamente na fase da investigação que surge a necessidade, em situações específicas e fundamentadas, da produção da prova antecipada para fins de formação de justa causa para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, em especial nos delitos que envolvem abuso sexual em crianças e adolescentes.

Os delitos de abuso sexual infantojuvenil merecem, de fato, especial proteção e relevância, pois as vítimas integram um grupo de maior vulnerabilidade. Por outro lado, não se pode perder de vista que diante do desenvolvimento dos direitos humanos, o investigado ou acusado não pode ser tratado como mero “objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (FISCHER, 2017, p. 70). Sendo assim, é obrigação Estatal a condução coerente do processo, pautada não apenas no dever de “evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, a punição do responsável (FISCHER, 2017, p. 71).

Contudo, ao observar o sistema processual penal de uma forma ampla é possível perceber que as disposições legais, em sua maioria, utilizam a pessoa do acusado como referência deixando a vítima “em segundo plano”. Como bem apresenta Décio Alonso Gomes (2018), o processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor ou mesmo de qualquer outra vítima, senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal: a imposição de uma pena ao autor do delito. A importância da produção da prova antecipada, por meio do depoimento especial acolhedor, não visa exclusivamente a colheita da informação com fim exclusivo de reconstrução dos fatos em juízo para o magistrado realizar um julgamento, mas também a preservação da vítima em esquecer aquele fato e encerrar sua participação no processo.

Além disso, para adequada investigação os agentes que trabalham nesta fase de investigação, devem evitar a revitimização e ampliação dos danos inerentes ao crimes sexuais, pois podem também abarcar as vítimas reflexas, especialmente os familiares e demais pessoas que tenham ligação direta com a criança ou adolescente vítima. Como regra, o depoimento acolhedor antecipado, como ressalta Gustavo Henrique Badaró, deve ser suscitado diante da “urgência na sua realização decorrente do risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou mesmo da grande dificuldade em produzi-la, no momento do procedimento adequado” (BADARÓ, 2016, p. 426).

Justifica-se, assim, o depoimento especial por produção antecipada sempre que houver fato a ser investigado que envolver delito de crime sexual, em especial de criança e adolescente, o perecimento é altamente previsível, assim como a dificuldade em sua produção. Na legislação infraconstitucional prevalece a regra de que o ônus da prova compete a quem fizer a alegação, no entanto, há possibilidade prevista no inciso I, art. 156 do CPP de que o juiz pode determinar de ofício a produção de prova antecipada em situações excepcionais, para fins de esclarecer dúvida específica e pontual em um processo, embora seja muito discutido na doutrina e jurisprudência essa legitimidade (SILVA, 2008, p. 64/65).

Essa atuação de ofício pelo magistrado também está prevista no art. 225 do CPP ao possibilitar a produção de prova antecipada para testemunha que tenha que se ausentar ou que por enfermidade ou velhice possa levar a crer que no dia da instrução possa não estar presente ou que prejudique seu depoimento. Essas possibilidades não estão limitadas apenas à prova testemunhal, incidindo também em relação aos demais meios de prova, como, por exemplo, a oitiva da vítima.

A oitiva da vítima por meio da produção de prova antecipada pode ocorrer antes mesmo da propositura da denúncia (na fase de investigação) ou de forma incidental, durante o trâmite processual. Nesse caso, “aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação e, posteriormente, repetido em juízo para ter valor de prova poderá ser realizado de uma só vez, na fase pré-processual, possuindo status de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 414). Por isso, deve o magistrado ter cautela, sempre respeitando o contraditório e ampla defesa, pois em situações em que não houver uma pessoa identificada como possível autor do crime deve ser nomeado um defensor dativo para fins de defesa técnica, imprescindível para validade da prova posteriormente.

Quando a produção de prova antecipada ocorre de forma incidental já é possível identificar o suposto acusado, mas isso não afasta a necessidade de fundamentação pelo magistrado. Uma das hipóteses é a do acusado citado por edital que não comparece e nem constitui advogado. O Código de Processo Civil, no art. 366, nesta situação, além de determinar a suspensão do processo e do curso do prazo, apresentou a possibilidade do juiz determinar a produção de prova antecipada, desde que sejam consideradas urgentes, devendo, pois ser uma decisão fundamentada, não cabendo a alegação de “mero decurso do tempo”, conforme entendimento consolidado no enunciado da súmula nº 455 do Superior Tribunal de Justiça, salvo se prejudicar substancialmente a produção da prova, principalmente caso este seja o único meio de prova existente.

Salienta-se, ainda, que a produção de prova antecipada passou a ter novas hipóteses previstas em legislação infraconstitucional, qual seja, no art. 11 da Lei 13.431/2017, o qual trata sobre o depoimento da criança ou adolescente que sofreu crime sexual, considerando que representam uma violação aos direitos humanos universais, motivo pelo qual foi necessária uma regulamentação específica. Assim, a nova norma está de acordo com a necessidade de redefinição do status da vítima no processo judicial, eis que por muito tempo foi deslocada para um segundo plano, sem dar a devida importância.

É certo que de acordo com o Código de Processo Penal as perguntas devem ser formuladas pelas partes diretamente às testemunhas e ofendido, conforme nova redação dada pela Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212. Nesse sentido, o sistema que antes era presidencialista (ao qual as perguntas eram formuladas pelo juiz, sendo vedado as partes se dirigirem pessoal e diretamente às testemunhas) passou a ser semelhante ao *cross examination* (exame cruzado), permitindo que as perguntas sejam realizadas diretamente as testemunhas, inclusive ao ofendido.

Na verdade, segundo Arantes Filho e Gustavo Badaró (2016), o *cross examination* surgiu nos Estados Unidos, onde não é consentida a elaboração de perguntas insidiosas. Ele deve ser limitado ao assunto do exame direto em questões que afetem a credibilidade do testemunho. No sistema anglo-americano, também chamado de anglo-saxão, a função do magistrado é um pouco distinta da prevista no direito brasileiro, não obstante em ambos haver a inquirição direta das testemunhas pelas partes. Isso porque neste, o juiz preside a audiência, enquanto naquele o magistrado assume um papel secundário, auxiliar, enquanto as partes, por intermédio de seus advogados realizam a função principal.

A reforma processual italiana de 1988, também reconheceu o *cross examination*, como introduzido no Brasil, privilegiando a participação das partes no que toca à introdução da prova no processo, resguardando-se os poderes do juiz, o qual preside a audiência. Esse sistema de inquirição de testemunhas de forma direta pelas partes se divide em *direct examination*

(quando as perguntas são feitas direta e inicialmente pelas partes, começando pela parte que arrolou a testemunha) e o *cross examination* (quando as perguntas são feitas diretamente pela parte contrária). No entanto, essa forma de inquirir diretamente as testemunhas passou a ser conhecido simplesmente como *cross examination*.

Cumprido sublinhar também que no exame cruzado, apesar de o juiz não perguntar diretamente à testemunha, atua enquanto fiscal das perguntas formuladas, visto que ao ser realizada a indagação, o magistrado deverá deferir para que a testemunha possa responder. No entanto, isto não leva a conclusão que a testemunha deva esperar o juiz ordenar que ela responda. De acordo com Arantes Filho e Gustavo Badaró (2016), após realizada a indagação, tanto a parte contrária pode impugná-la, quanto o juiz pode indeferir-la de plano. No caso de não haver intervenção alguma, a testemunha deverá responder conforme o conhecimento que tem sobre o fato.

Esse controle exercido pelo magistrado na audiência de instrução e julgamento é relevante pois irá indeferir a pergunta quando não apresente relação com a causa, seja capciosa ou repetida, isso para evitar a consumação de uma irregularidade. Esse indeferimento deverá constar do termo, logo após a pergunta formulada se a parte assim requerer. Isso para que se resguarde nos casos de uma posterior alegação de cerceamento de defesa ou acusação em preliminar de um recurso. O magistrado pode também, no caso de permanecer dúvidas sobre alguma questão não elucidada após as perguntas feitas pelas partes à testemunha, complementar a inquirição desta. Ressalte-se que no Inquérito Policial é aplicado o Sistema Presidencialista, pois neste procedimento inquisitivo não vigora o contraditório.

Com o novo sistema, aumenta-se a proximidade entre as partes e o juiz continua preservando as garantias fundamentais destas, o que facilita o deslinde do processo, além de aperfeiçoar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nas palavras dos aurores e em resumo:

Os meios de produção de prova são integrados pela definição legal de um âmbito de admissibilidade e de um procedimento probatório. Entre estes meios de prova, a prova testemunhal, espécie de prova oral, destaca-se pela complexidade de sua produção em juízo. O exame cruzado, procedimento secular em ordenamentos jurídicos do sistema de "common law", é considerado um procedimento probatório para produção de prova testemunhal propício à intensificação da observância da garantia do contraditório e do direito ao confronto, à colheita mais criteriosa de informações conhecidas por testemunhas e à consequente formação da verdade processual. Estruturado o exame cruzado em sucessivas fases (o exame direto, o contraexame e o reexame), disciplinadas por regras gerais e por regras específicas, são asseguradas faculdades às partes processuais relativas à formulação de questionamentos à testemunha, tendentes tanto à demonstração da veracidade de alegações fáticas, quanto à verificação da credibilidade do testemunho. As fases do exame cruzado são realizadas por meio de comunicação presencial, sob fiscalização de autoridade judicial competente, a qual pode formular questionamentos subsidiários à testemunha, assegurando-se às partes a possibilidade de finalização. Reconhecem-se exceções à estrutura do exame cruzado na forma de medidas especiais aplicáveis a testemunhas vulneráveis e intimidadas. Amoldável a ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico, o exame cruzado se revela como procedimento probatório adequado à produção da prova testemunhal também nestes ordenamentos, como no caso do direito brasileiro (ARANTES FILHO; BADARÓ, 2016, p. 5).

O sistema do exame cruzado respeita o contraditório e ampla defesa, com a colheita do depoimento de uma forma mais célere e criteriosa para a formação da convicção do magistrado em busca da verdade processual. Hoje é aplicado em todo o direito processual penal brasileiro, incluindo-se os ritos especiais, como o do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste momento, a atividade do juiz é de preservar as garantias fundamentais das partes, em especial garantindo o contraditório e demais princípios constitucionais, mantendo a ordem na audiência em busca de uma prova clara e adequada para fins de fundamentar uma decisão justa.

No depoimento especial, seja ele de forma antecipada ou não, tem-se a especificidade de que é a equipe interdisciplinar quem faz as perguntas para a vítima ou testemunha, em um ambiente acolhedor. No entanto, essa forma de inquirição não afasta o contraditório, pois o advogado continua tendo direito a realizar as perguntas que achar pertinentes. Tais perguntas serão então transferidas para a equipe interdisciplinar, que, por videoconferência, realizará diretamente a criança ou adolescente.

Outrossim, a forma e a metodologia utilizada neste depoimento acolhedor acabava variando a depender das orientações e equipes de cada Tribunal de Justiça Estadual. Esse quadro evoluiu recentemente, em 15 de Julho de 2020, quando foi criado o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF) pelo CNJ, a partir do estabelecimento de um método de entrevista semiestruturado, flexível e adaptável ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, tendo como consequência a padronização em todo país facilitando a escuta protegida das crianças e adolescente vítimas ou testemunhas de abuso sexual para fins de investigação e judicialização das ocorrências.

A construção deste protocolo foi iniciativa da Childhood Brasil corresponsavelmente assumido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). O projeto foi objeto de estudo por universidades brasileiras e teve como base o Protocolo de Entrevista Forense do The National Advocacy Center (NCAC), do Alabama, Estados Unidos, referência mundial com protocolo vigente há mais de três décadas para fins de atendimento integrado em casos de violência contra crianças e adolescentes. O Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF) teve sua aplicação prática vindo sendo testada para melhor aproveitamento desde 2012 em vários tribunais brasileiros, principalmente os do Distrito Federal e Territórios, Rio Grande do Sul e Pernambuco (CHILDHOOD, 2020).

Segundo o Childhood Brasil, o PBEF deve ser visto como um instrumento de concretização do Artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança à medida que contribui para ampliar as oportunidades para que as crianças sejam ouvidas em todos os processos judiciais e administrativos que lhes afetem. O Protocolo é também uma consequência da implementação da Lei nº 13.431/2017, pois oferece uma metodologia de tomada de depoimento especial. Nesse sentido, o PBEF foi instituído como uma referência metodológica nacional para o depoimento especial por meio da Resolução nº 299/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os principais aspectos ressaltados pelo Protocolo estão em observância das normatizações presentes na Lei nº 13.431/2017 e no Decreto

de Regulamentação nº 9.603/2018, que tratam da escuta especializada e do depoimento especial (CHILDHOOD, 2020).

Tais aspectos partes do reconhecimento de que crianças e adolescentes gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assim como do direito de serem ouvidas e expressar seus desejos e opiniões, assim como de permanecer em silêncio. Além disso, o direito de serem resguardadas de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento. Da mesma forma, o direito de serem ouvidas em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam sua privacidade, bem como o direito de lhes ser assegurada a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o(a) profissional especializado(a) intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos (CHILDHOOD, 2020, p. 19).

De acordo com o Protocolo, deve-se possibilitar ao profissional que esteja conduzindo a entrevista forense a oportunidade de conduzi-la de forma integral antes de se realizar a interação com a sala de observação ou sala de audiência. Não se deve realizar a leitura da denúncia ou de peças processuais para a criança ou o adolescente, pois essa ação implica em alta probabilidade de induzir seu depoimento, em conformidade com o determinado no Art. 12-I da Lei nº 13.431/2017. Não se deve também interromper o relato livre da criança ou adolescente, salvo em caso de comprovada necessidade. As perguntas devem ser encaminhadas para o(a) entrevistador(a) e avaliada a pertinência delas pelas autoridades que estejam conduzindo a sessão de depoimento especial, organizadas em bloco, conforme regulamentado no Art. 12-IV da Lei nº 13.431/2017 (CHILDHOOD, 2020, p. 19).

Ainda segundo o PBEF, visando a garantir o grau de confiabilidade das respostas, as perguntas das partes poderão ser adaptadas ou reelaboradas ao nível sociocultural e do desenvolvimento cognitivo, emocional e de linguagem da criança ou adolescente pelo(a) entrevistador(a), que deve observar e comunicar as eventuais limitações da entrevistada ou entrevistado. Deve ser informado que estudos científicos demonstram que perguntas

sugestivas aumentam a probabilidade de respostas não fidedignas, prejudiciais à coleta de provas, podendo ser indeferidas durante a audiência, a critério do magistrado, de forma a não provocar prejuízos à criança ou ao adolescente. Entende-se por perguntas sugestivas aquelas que incluem informações que não foram previamente fornecidas pela própria criança durante a entrevista sobre aspectos específicos da violência e da autoria da violência ou que implicam em uma forte expectativa sobre o que ela deve dizer (CHILDHOOD, 2020, p. 19).

Não poderão ser realizadas perguntas que violem os direitos da criança e do adolescente, como aquelas que colocam as vítimas na condição de responsáveis pela situação de violência que está sendo alvo de investigação ou judicialização. Nesses casos, os(as) entrevistadores(as) devem sinalizar essas eventuais ocorrências ao magistrado, situação que pode ser enquadrada como uma forma de violência institucional tipificada no Art. 4-IV da Lei nº 13.431/2017, entendida como a praticada pelo próprio judiciário, inclusive quando gerar revitimização. Entende-se por perguntas que violam os direitos da criança e do adolescente aquelas que pode colocá-los na condição de responsáveis pela violência da qual estão sendo ouvidos como vítimas (CHILDHOOD, 2020, p. 19).

Visando à proteção da criança e do adolescente e do(a) entrevistador(a) e à validação das evidências coletadas, deve-se gravar a entrevista desde o início, incluindo a etapa da construção da empatia. Caso haja indicadores de que o réu não deve ter acesso ao conteúdo da entrevista durante a realização do depoimento, deve-se adotar os procedimentos previstos no Art. 12 § 3º e 4º da Lei 13.431: “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” (BRASIL, 2017).

Nas hipóteses em que houver risco à vida ou integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a não realização da transmissão em tempo real para sala de audiência e/ou

gravação em áudio e vídeo. E, finalmente, deve-se estabelecer que, em caso de problema técnico impeditivo para a realização ou finalização do depoimento especial, será marcada nova audiência, respeitando as peculiaridades pessoais da criança ou do adolescente (CHILDHOOD, 2020, p. 19).

Para o atendimento das diretrizes expostas, o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense se desenvolve em dois estágios. O primeiro é introdutório, para o estabelecimento de empatia entre a criança entrevistada e o(a) entrevistador(a), o compartilhamento dos princípios gerais da entrevista e o conhecimento do contexto em que vive a criança e/ou o adolescente. No primeiro estágio, constrói-se a base para a “conversa forense”, uma conversa com o objetivo de facilitar a versão da criança sobre uma potencial ocorrência da violência contra ela. Por meio deste estágio, a criança aprende a respeito e pratica o processo de entrevista forense e o(a) entrevistador(a) se prepara para se adaptar às especificidades de cada criança ou adolescente. Recomenda-se que se inicie a gravação da entrevista em áudio e vídeo desde o início do primeiro estágio, pois a criança ou o adolescente pode espontaneamente fazer a transição para a revelação ou “deixar a porta aberta” ainda mesmo na fase de introdução ou estabelecimento da empatia (CHILDHOOD, 2020, p. 21).

O segundo estágio do Protocolo, por sua vez, é o momento da entrevista em que se busca conversar sobre os potenciais fatos ocorridos. É considerado a parte principal da entrevista (também designada como substantiva ou central). Aborda o potencial episódio ou episódios ocorridos. Neste estágio pode eventualmente ocorrer a revelação de violência sexual. Estão também incluídas nesse segundo estágio as fases de esclarecimento e de encerramento. No caso de uso deste Protocolo para as audiências protetivas na fase judicial, deve-se incluir o estágio de interação com as autoridades que participam da sessão na sala de transmissão da entrevista via circuito fechado de televisão (CHILDHOOD, 2020, p. 21).

Como um dos anexos do PBEF, é colocado o Guia Prático de Perguntas Apropriadas ao Nível de Desenvolvimento, o qual deve ser utilizado como referência para indicar o tipo de pergunta que poderá ser mais apropriado a crianças e adolescentes de diferentes idades. Assim, as

perguntas podem variar entre as mais “concretas” e as mais “abstratas”, sendo imprescindível o estabelecimento de referências nesse contexto (CHILDHOOD, 2020).

Responsável por uma pesquisa qualitativa e quantitativa para avaliar a eficácia do Protocolo no âmbito judicial, Benedito Rodrigues dos Santos, doutor em Antropologia pela Universidade de Berkeley, na Califórnia (EUA), e consultor da Childhood Brasil, destacou a relevância da iniciativa. "O Protocolo é uma técnica de entrevista que facilita a identificação do fato penal, quando ele realmente aconteceu, sem revitimizar a criança ou o adolescente.". Ao apresentar os resultados das 57 entrevistas realizadas, ele ressaltou que as crianças se sentiram muito mais tranquilas após passar pelo Protocolo (CNJ, 2020).

### **3.2. Respeito a ampla defesa e o contraditório no depoimento especial único na formação do convencimento motivado do julgador**

Com o surgimento da Lei nº 13.431 alguns questionamentos têm surgido referentes à constitucionalidade de suas normas. Isso porque, se por um lado, o suposto agressor e acusado de um crime está apoiado pelo princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, por outro, em favor da criança e do adolescente militam a doutrina da proteção integral, e os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.

Assim, em favor do acusado incide o direito de conhecer o teor da acusação que contra si pesa e das evidências que foram encontradas, inclusive das provas testemunhais produzidas. Tem o acusado o direito de poder contraditar estas provas, conforme estabelecido no artigo 155, do Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941). Assim, a forma como a prova é colhida, por meio de ritos capazes de proteger a criança e o adolescente sem se descuidar dos princípios que conferem ao acusado um processo legal justo, é o desafio que se impõe.

Como bem afirma Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o princípio do contraditório nada mais é que uma ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los (ALMEIDA, 1973, p. 82). Sendo assim, os fatos da causa devem ser investigados oportunizando aos envolvidos a recíproca fiscalização de todos os atos praticados no processo, eis que o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos pontos controvertidos.

Por isso, a doutrina processualista penal (ALMEIDA, 1973) se utiliza do termo “audiência bilateral”, que vem do latim *audiatur et altera pars*, significando que a outra parte deve ser ouvida, respeitando o direito à participação e o direito à informação, primeiros elementos do contraditório. Em seguida, essa concepção foi ampliada, com influência do italiano Elio Fazzalari, pois o respeito à paridade de tratamento, também chamado de paridade de armas ou *par conditio*, passou a ser parte do contraditório, uma vez que de nada adiantaria ter direito a participação e informação sem meios e condições de exercer esse direito. Como bem afirma Renato Brasileiro Lima:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2013, p. 55).

A partir de uma visão técnica, portanto, a igualdade e o devido processo constituem importantes garantias da jurisdição, caracterizada pela decisão consciente, segura e produto de uma análise completa da relação material conflituosa. Nesse contexto, de acordo com o princípio da paridade de armas, as partes devem ver assegurada a igualdade de direitos e deveres, de ônus, de sanções processuais, bem como de garantias e possibilidade de defesa dos seus argumentos.

A paridade de armas no direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. Nesse sentido, a defesa garante o contraditório e

por ele se manifesta. De acordo com Renato Brasileiro Lima (2013), afinal, apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa, havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

O que acontece é que essa paridade de armas, no âmbito da produção antecipada em face da oitiva da vítima ou testemunha de abuso sexual possui mitigações, considerando que a vítima ou testemunha infantojuvenil já se encontra em uma situação de vulnerabilidade em face do suposto opressor. Dessa forma, foi necessário a criação de normas específicas para conferir paridade de armas na busca da verdade dos fatos pelo órgão acusador, entre elas o depoimento acolhedor único, objeto de estudo desta dissertação.

A Lei de Escuta Protegida junto com o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF) apresenta alterações no padrão de colheitas de provas, visando a imparcialidade no depoimento, como por exemplo a determinação de não se ler a denúncia ou peças processuais para a criança ou o adolescente, pois essa ação implica em alta probabilidade de induzir seu depoimento (em conformidade com o determinado no Art. 12-I da Lei nº 13.431/2017), assim como de se evitar interromper o relato livre da criança ou adolescente, salvo em caso de comprovada necessidade.

No momento em que o depoimento especial da vítima/testemunha infantojuvenil é colhido sob a modalidade antecipada, ele pode vir a ser realizado sob o aparato da autoridade policial, na fase do inquérito policial. Nessa situação, a vítima/testemunha não será ouvida pelo delegado e sim pelo juiz, por meio de uma equipe interdisciplinar. É certo que essa prova deve ser colhida respeitando o contraditório, mas isso não impede que o juiz determine a retirada do réu da sala de audiência quando a presença do mesmo ocasionar

humilhação, temor ou sério constrangimento para não prejudicar a qualidade e a verdade em face do depoimento a ser colhido.

O art. 217 do CPP, inclusive, apresenta uma ressalva, qual seja, quando o depoimento da criança ou adolescente for realizado por videoconferência, por meio da equipe interdisciplinar, em sala separada, sem a presença do acusado.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram (BRASIL, 1941).

O direito de presença do acusado é um desdobramento de sua autodefesa, pois assegura ao mesmo a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa. Por isso, destaca-se a relevância da obrigatoriedade da intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. O direito de presença do acusado, ajuda, inclusive, no esclarecimentos e eventuais incoerências, incorreções ou falsidades que apenas o acusado consiga identificar e comunicar de forma imediata ao seu defensor técnico, em tempo hábil para questionar em seu momento processual de perguntas durante a colheita de provas.

Por isso,

A retirada do réu da sala de audiências é medida excepcional, em razão da ampla defesa, a qual abrange a defesa técnica (advogado defensor) e a defesa própria (informações ao defensor acerca da testemunha, de circunstâncias de seu depoimento, por exemplo). A reforma determina (isso se os Estados implementarem esses mecanismos tecnológicos) que a retirada do acusado da sala de audiência, além de ser fundamentada na possibilidade de humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ofendido, de modo a prejudicar o depoimento, deverá ser realizado

quando não for possível a utilização da videoconferência. A decisão por força constitucional (art. 93, IX, CF) e legal (art. 217, parágrafo único do CPP) deverá ser fundamentada numa dessas hipóteses enunciadas, indicando a situação fática que a motiva (GIACOMOLLI, 2008, p. 57).

Ressalta-se, ainda, que o direito de presença do réu aos atos processuais é disponível, pois o acusado não está obrigado a comparecer ao interrogatório, assim como, se comparecer, pode optar pelo direito ao silêncio. Cabe, ainda a condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento, sem proteção ao direito à não autoincriminação. No entanto, a presença de defesa técnica é obrigatória, seja defesa particular, pública, dativa ou nomeada para o ato. Nessa linha de raciocínio destaca-se a jurisprudência do STJ:

RESP. PROCESSUAL PENAL. ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DO ACUSADO. 1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio. 2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, 69 Turma, RESP nº 346.677/RJ, rei. Min. Fernando Gonçalves, DJ 30/09/2002).

Diante disso, o direito ao comparecimento não possui natureza absoluta, cabendo ao juiz ponderar o caso concreto e determinar a retirada do acusado quando este direito de presença gerar conflito com o da vítima/testemunha, em especial, tratando-se de crianças e adolescente, em respeito à sua segurança, intimidade e integridade, tendo em vista que a proteção integral é um dever do Estado, conforme preconizado na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Assim sendo, o contraditório e a ampla defesa são necessários para o devido processo legal, previsto inclusive constitucionalmente. No entanto, mesmo assim, o legislador ao elaborar o art. 11 da Lei 13.431/2017 fez questão de mencionar “garantida a ampla defesa do investigado”, para deixar claro que

a colheita desta oitiva antecipada não poderia deixar de respeitar a presença de um causídico ou de Defensor Público para fins de defesa técnica.

[...] a prova antecipada deve ser produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, por exigência do princípio constitucional do processo acusatório. Por isso, haverá sempre a necessidade de se intimar o advogado do indivíduo contra quem se esteja a produzir provas penais antecipadas. Se não houver advogado constituído, impõe-se a necessidade de nomeação de defensor dativo ou a comunicação à Defensoria Pública para que atuem no incidente de produção de provas, sob pena de se considerar nulas, portanto, imprestáveis, as provas produzidas sem a participação dialética da defesa. (MACHADO, 2013. p. 469).

Dessa forma, em havendo cerceamento de defesa o depoimento poderá ser anulado e repetido, pois indiscutível o prejuízo para o acusado. Importante observar, pois, que o depoimento antecipado, quando respeitados as regras, pode servir inclusive como benefício para defesa, pois nesta ocasião pode ser constatado mais facilmente a divergência nos relatos, sendo mais fácil analisar a falta de verossimilhança da *notícia criminis*, o que, em tal hipótese, resulta no abortamento oportuno da persecução penal, por falta de justa causa.

Além disso, a entrevista feita de forma inadequada, sem respeito às regras, de forma tardia ou por uma equipe sem qualificação, pode contribuir substancialmente para a implantação das falsas memórias (FM's) nos relatos das vítimas ou testemunhas, o que danifica a qualidade de suas declarações para fins de reconstrução dos fatos. A memória é conceituada por Sternberg (2000, p. 204) como “o meio pelo qual você recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação”. Porém, às vezes, um fato é distorcido; outras, esquecido.

O estudo dos problemas ocorridos por erros da memória é tão importante quanto interessante. O fenômeno das falsas memórias é um exemplo desta classe de erros. Nesse contexto, as FM's podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas

de algum evento (ROEDIGER; MCDERMOTT, 2000). São memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência. As FM's podem ser elaboradas pela junção de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas, sendo que durante este processo, a pessoa fica suscetível a esquecer a fonte da informação ou elas se originariam quando se é interrogado de maneira evocativa (LOFTUS, 2005)

Nos últimos anos as pesquisas sobre a falsificação da memória tomaram ainda mais corpo e densidade. E o interesse provém de que o fenômeno pode ser visto tanto em contextos laboratoriais, quanto nos do cotidiano das pessoas, em situações de psicoterapias e na área jurídica (LOFTUS, 2005; ROEDIGER; MCDERMOTT, 2000). Os primeiros estudos experimentais sobre o assunto, tiveram início com as pesquisas de Binet em 1890, na França e Stern em 1910, na Alemanha (ROEDIGER; MCDERMOTT, 2000). Tanto Binet quanto Stern pesquisaram a falsificação e ilusão da memória nas crianças e examinaram como a recordação delas poderia ser alterada a partir de sugestões de adultos. Em situação de recuperação livre, as crianças cometiam poucos erros, entretanto, quando as questões envolviam comentários sugestivos elas apresentavam muitos erros.

As FM's podem se originar de duas maneiras distintas: de forma espontânea e implantada ou sugerida. As FM's espontâneas são as criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão do evento (REYNA; LLOYD, 1997). Este tipo de distorção simples acomete a todos no dia-a-dia, com questões aparentemente sem importância. As FM's sugeridas ou implantadas dizem respeito àquelas que resultam de uma sugestão externa ao indivíduo, seja esta proposital ou não, cujo conteúdo não faz parte do evento experienciado, mas contém características coerentes com o fato (REYNA; LLOYD, 1997).

Nesse sentido e como bem descreve Jorge Trindade e Ricardo Breir:

Conjunto de características que compõem uma síndrome, é referida, em geral, como uma evocação mnêmica relativa a fato não acontecido (fato inexistente, rem relação ao qual a mente está *in albis*), mas ela também pode se apresentar como uma distorção perceptiva na qual a recordação ou sua evocação recai sobre fato inexistente, modificando por refrações da realidade, isto é, uma memória configurada de maneira parcialmente equilibrada (memórias distorcidas), em qualquer hipóteses geradas pelo próprio sujeito ou implantadas por outrem, mas para ele tidas e havidas como reais e verdadeiras (TRINDADE; BREIR, 2013, p. 58).

Vários pontos teóricos e práticos ainda não foram abarcados pelos estudos já realizados no tema das FM's e muitas questões precisam ser melhor desvendadas, tendo em vista a importância da memória para a condução dos trabalhos na área jurídica. Isso porque a produção de uma falsa memória pode ter implicações negativas, nomeadamente em contexto forense. A fidedignidade dos relatos e testemunhos das vítimas de crime pode ser comprometida pela produção de falsas memórias. Assim, é possível que as crianças vítimas de crime sexual relatem informação/acontecimentos de um modo diferente da realidade, distorcendo involuntariamente os fatos ocorridos, condicionando e comprometendo a veracidade dos mesmos.

O depoimento especial, colhido de forma adequada, com respeito ao contraditório e ampla defesa, acaba por amenizar as dificuldades apresentadas neste capítulo e, em especial, servirá para se tornar uma prova mais qualificada pra apreciação do magistrado para julgamento final do processo. O magistrado deve, então, analisar o contexto das provas, não apenas a testemunhal, mas o conjunto presente nos autos, devendo, assim, respeitar o inciso IX, art. 93 da CF c/c art. 155 do CPP/93 na formação de sua convicção. A partir do momento em que as provas são produzidas em contraditório judicial, passam a ter validade para fundamentação da busca da verdade nos autos, sendo vedado decisão fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, à exemplo da oitiva única no depoimento especial.

A produção de prova antecipada, uma vez admitida, com contraditório e ampla defesa, passará a fazer parte do acervo probatório dos

autos, ingressando no campo da valoração do magistrado que deve ser motivado, pois não pode ficar a critério do seu livre convencimento. A apreciação de uma prova, nos casos de abuso sexual infantojuvenil, requer ainda mais atenção, pois é necessário compreender o depoimento infantil, em certas situações, são decisivas para formação do convencimento do juiz. No entanto, como visto, essa prova deriva-se exclusivamente da memória, exigindo um olhar mais atento durante a produção e valorização desta prova (BRITO, 2006, p. 69).

Nas situações em que a única prova colhida nos autos, em crimes cometido em ambientes clandestinos, for a palavra da vítima, em especial de crianças e adolescentes, há autores que não concordam com a fundamentação da condenação nesta única prova. Cabe aqui expressar a preocupação, nas palavras de Foucault:

Chegará o dia, em que esse “homem”, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas - “penitenciárias”, “criminológicas”. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir (FOUCAULT, 1977, p. 70).

Por sua vez, Giuseppe Chiovenda relata que a prova necessita ser livre de rupturas, confusões, contradições ou erros para tentar alcançar uma certeza. O princípio do livre convencimento do juiz, não pode conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da certeza, em termos objetivos e gerais, por uma apodítica afirmação de “convencimento”. Impõe-se sempre uma verificação histórica do *thema probandum*, de forma a eliminar qualquer possibilidade de dúvida (CHIOVENDA, 1969, p. 91).

No entanto, a maioria dos autores, a exemplo de Eugênio Pacelli de Oliveira, tem defendido a possibilidade de escolha livre, mesmo que seja de um único testemunho, quando estiver de acordo com os elementos apresentados nos autos.

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe deve parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. (OLIVEIRA, 2011, p. 340).

Por fim, o juiz não está autorizado em realizar um julgamento com base em sua consciência privada, mas sim, em decidir com base na atividade probatória dos sujeitos processuais diretamente interessados no provimento, de modo a preservar o alheamento ínsito a sua atividade. Sendo assim, em havendo dúvida em face do autor do crime deve-se o mesmo ser absolvido (*in dubio pro reo*), motivo pelo qual a limitação do poder de discricionariedade exercido pelo magistrado é quando deve ser demonstrado de forma clara e objetiva os motivos que ensejaram a sua decisão dentro de um debate realizado nos autos, apreciando e valorando de maneira expressa as provas produzidas pelas partes, com a finalidade de reconstrução fática nos autos do fato tachado delituoso.

### **3.3. Considerações sobre o juiz de garantias: avanços e críticas ao modelo de produção técnico-científica do depoimento especial único**

O surgimento do Lei nº 13.964/2019, com implementação do juiz de garantias - embora atualmente suspenso pelas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 - teve relação direta com a aplicação do art. 11 da Lei nº 13.431/2017, o qual impõe a oitiva única de vítima e testemunhas que sofrem abuso sexual por meio de produção de prova antecipada. Isso decorre de uma simples observação: até o advento da norma que criou o juiz de garantias não havia em nosso ordenamento nenhuma determinação que impedisse o juiz criminal de atuar na fase da investigação e seguir atuando na fase do processo criminal.

Nesse contexto, em havendo necessidade de depoimento especial em face de investigação extraprocessual o referido ato deverá ser supervisionado pelo juiz de garantias, com as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019. Assim, com a instauração da investigação criminal, a autoridade

policial deverá, além de informar de imediato o fato, no mesmo ato já requerer, com fundamento na necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, a realização do depoimento especial, em sede de produção antecipada de provas, devendo tal pedido ser analisado de forma célere, permitindo a intervenção precoce, com respeito ao princípio da atualidade, sendo também dever do juiz de garantias assegurar que as crianças ou adolescentes sejam ouvidos em sala adequada, devidamente acompanhados da equipe multidisciplinar psicossocial especializada (BRASIL, 2019).

Na verdade, a orientação padrão prevista em nosso Código de Processo Penal antes do advento da Lei nº 13.431/2017 era que necessariamente o mesmo juiz atuasse em ambas as competências, isto é, nas fases da investigação e na fase criminal, considerando o princípio da prevenção, segundo o art. 83 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Esse modelo tradicional recebeu diversas críticas, em especial em face da imparcialidade do julgador. Nesse sentido, Lopes Jr. afirma que a prevenção deveria ser causa de exclusão de competência, pois sempre que o juiz atuasse na fase de investigação deveria estar obrigatoriamente impedido de atuar na fase processual (LOPES JR, 2010, p. 135).

O legislador ao trazer para o ordenamento brasileiro a figura do juiz de garantias buscou, conforme Exposição de Motivos da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), fortalecer o princípio acusatório no CPP, bem como permitir a otimização da prestação jurisdicional, em virtude da especialização na matéria a ser tratada pelos juízes. Da mesma forma, buscou-se também a preservação da imparcialidade do juiz do processo, com seu distanciamento dos temas tratados na fase de investigação. Assim, textualmente, afirma a Exposição de motivos:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impede salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame

acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. (BRASIL, 2019).

Em sua definição legal, pois, juiz de garantias seria aquele “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, conforme preceitua o art. 3-B do CPP (BRASIL, 1941). Em seguida, a legislação apresenta um rol não exaustivo das competências a serem realizadas por este juiz, entre elas a produção de prova antecipada, nos termos do inciso VII, art. 3-B do CPP (BRASIL, 1941), envolvendo assim, a análise do pedido de depoimento antecipado da vítima e testemunha de abuso sexual. O objetivo é que o magistrado seja o presidente responsável pela deferimento dos pedidos e organização dos atos, com respeito aos princípios constitucionais, mas sem atuar como órgão investigador.

Essa definição de competência seria importante para evitar a ocorrência de um juiz investigador, conforme apresenta Miguel Reale Júnior:

Cabe observar que, em vista das atribuições constantes do art. 14 do Projeto, que o Juiz das garantias não exerce qualquer função acusatória, despido mesmo de qualquer iniciativa em matéria probatória, limitando-se a autorizar os pedidos de medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, não sendo, portanto, um juiz investigador (REALE JÚNIOR, 2011, p. 104).

No entanto, a pergunta que surge é: caberia ao juiz de garantias a tomada do depoimento acolhedor ou apenas a análise dos seus pressupostos legais para fins de deferimento? Pela literalidade da norma o depoimento das partes ou oitiva de testemunhas caberia ao juiz da instrução do processo, no entanto, excepcionalmente, há doutrinadores que entendem que o juiz de garantias poderia colher esse depoimento, em audiência oral e pública, como

ressalta Lopes Júnior (2014, p. 282), “nenhum problema existe na produção antecipada de provas na fase pré-processual, mas desde que atue como julgador”.

A mesma situação descrita acima, inclusive, ocorre na Itália, em que o juiz de garantias colhe a produção de prova testemunhal “*contribuyendo em la decisión final de mérito concretada por los órganos de juicio*”, assim como a atividade é exercida na condição de “*quase organo delegato dal giudice del giudizio*” (FERRAIOLI, 2001, p. 12).

Nesse contexto, de acordo com o Código de Processo Penal:

CPP, Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

VII - **decidir sobre o requerimento** de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa **em audiência pública e oral**. (Grifo nosso) (BRASIL, 1941).

No entanto, há doutrinadores que criticam veemente esta interpretação normativa, considerando que caberia apenas ao juiz da fase processual realizar essa audiência, pois caberá a ele o convencimento da causa, em observância, ainda, ao princípio da oralidade. Nesse sentido, destaca-se:

O projeto permite que o juiz da fase processual venha julgar determinado fato sem haver tido qualquer contato – a título de exemplo- a principal testemunha de um ilícito penal. Ele não poderá perguntar detalhes a ela, ver sua expressões faciais quando do préstimo do depoimento, sua linguagem corporal ou seu tom de voz. Enfim, não poderá recolher todas aquelas informações não verbais que sabidamente auxiliam na formação do convencimento do juiz e que são determinantes para a prevalência do princípio da oralidade sobre a da escritura (ANDRADE, 2020, p. 111).

A preocupação em torno de qual juiz irá proferir a sentença se prende à constatação de que o melhor magistrado para decidir sobre determinado fato é aquele que teve contato direto com as fontes de prova que

exigem exteriorização verbal do pensamento. Entretanto, no depoimento acolhedor, além das perguntas do magistrado e defensores serem formuladas por intermédio da Equipe Interdisciplinar, de forma oral, a audiência é sigilosa e gravada por meio magnético. Diante disso, o juiz da instrução teria integral acesso as expressões faciais, tom de voz, linguagem corporal, e, ainda assim, em sendo necessário, seria possível nova oitiva, desde que com o consentimento da vítima ou testemunha.

Art. 11. § 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 (BRASIL, 2017).

No entanto, conforme leitura e interpretação estrita da norma cabe ao juiz de garantias apenas verificar a legalidade do pedido e ao juiz da instrução realizar a tomada do depoimento. Haveriam, assim, duas etapas para produção de prova antecipada pelo depoimento especial e único. A primeira que seria a formulação do pedido perante o juiz de garantias (ao qual irá analisar a pertinência legal ou não da antecipação desta prova) e a segunda etapa que seria efetivamente a colheita deste depoimento perante o juiz da instrução processual em conjunto com a equipe interdisciplinar da unidade judiciária.

A nova lei estabeleceu, assim, uma hipótese de divisão da competência funcional do juízo e de impedimento decorrente dessa divisão, ou seja, a competência do juízo das garantias esgota-se com o recebimento da denúncia ou queixa crime (art. 3º-A, CPP), de maneira que, ao atuar na fase preliminar de investigação, o magistrado ou magistrada não terá competência funcional para jurisdicionar no processo, posto que haverá impedimento objetivo para instruir e julgar as ações pensas dele originada, sob pena de nulidade de suas decisões (MENDES, 2020, p. 52).

Sendo assim, seria possível concluir, em observância ao princípio da identidade física do juiz que caberia ao magistrado que irá julgar o feito a tomada do depoimento. O legislador quis aplicar ao juiz de garantias o zelo pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário e ao juiz da instrução a formação da convicção para

juízo da demandada. No entanto, as decisões proferidas pelo juiz de garantias não vinculam o magistrado que irá instruir o processo, considerando que poderá reavaliar a manutenção ou não das cautelares anteriormente deferidas em curso.

Ao juiz de garantias cabe, ainda, o controle indireto sobre o mérito, pois deverá zelar pela celeridade na finalização da investigação policial em face de fatos criminais, entre eles os crimes de abuso ou violência sexual infantojuvenis, de difícil elucidação, evitando excesso de prazo. Nessa seara, o rito processual para finalização da investigação vai diferenciar se o réu estiver preso ou solto. Estando solto o Código de Processo Penal estabelece que esse prazo vai ser estabelecido pelo magistrado de acordo com o caso concreto, no entanto para os presos esse prazo é menor (art. 10, §3º do CPP<sup>11</sup>).

Além disso, em se tratando de investigado solto o prazo não possui natureza peremptória, e na maioria das vezes, por problemas estruturais da polícia e outros fatores, não se verifica essa adequação ao tempo estabelecido. No entanto, no caso de investigado preso, por ter por lei um controle mais rígido, qualquer prorrogação desse prazo deve ser requerida ao magistrado, sob pena de relaxamento da prisão (§2º, art. 3-B, CPP).

Nesse contexto, o juiz de garantias participa não apenas para analisar a necessidade da manutenção da prisão cautelar, mas, principalmente, para verificar se a investigação criminal pode seguir seu curso. Em não sendo autorizado, o juiz de garantias estará zelando pela obrigatoriedade da autoridade policial encerrar a investigação, e, na prática, determinar ao Ministério Público o ajuizamento da acusação, caso tenha elementos, com base no acervo probatório anexado. Essa regra possui

---

<sup>11</sup> CPP, Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

[...]

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz. (BRASIL, 1941).

especial relevância quando envolver crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, pois o juiz de garantias poderá fiscalizar a atuação dos órgãos do sistema de justiça para fins de resposta mais célere, evitando assim, que inquérito perdurem por anos sem o seu devido encaminhamento.

Sendo assim, a atividade judicial nessa fase investigatória agora se restringe a proteger a legalidade do procedimento, qualquer que seja o órgão que processe a investigação, intervindo em incidentes que protestem por jurisdicionalização. É o que leciona Ada Pellegrine Grinover. A autora afirma que “durante a investigação o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares” (GRINOVER, 1999, p. 717). Nesse ponto específico da prorrogação de prazo do inquérito, requerida como praxe pela autoridade policial, ao juiz possui caráter meramente administrativo, não jurisdicional.

Aqui encontra-se um questionamento específico em face da atuação do juiz de garantias, pois como padrão esse controle externo da Polícia Judiciária é conferido ao Ministério Público, instituição que tem o dever de zelar pela correta tramitação dos inquéritos, pois é seu interesse fim assegurar a tempestiva e fundamentada finalização das persecuções criminais na fase extrajudicial. No entanto, a atuação do juiz de garantias não afasta manifestação ministerial, uma vez que aquele sempre deverá ouvir o este, antes de tomar uma decisão (ABADE, 2005, p. 110).

Observa-se, no entanto, que as disposições legais em face do juiz de garantias encontram-se sendo questionadas por meio de ações diretas de inconstitucionalidades interpostas por associações da magistratura como a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Além da ADI nº 6298, interposta pela AMB/AJUFE, também foram interpostas a ADI nº 6299, pelos partidos Podemos/Cidadania e a ADI nº 6300, da autoria do PSL.

A ADI 6298, ajuizada pela AMB/AJUFE impugna os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma. Já a ADI 6299,

ajuizada pelo PODEMOS e pelo Cidadania, impugna os preceitos impugnados na ADI 6298, bem como o §5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019. A ADI 6300, por sua vez, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), também impugna os artigos 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019.

Finalmente, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) também ajuizou a ADI 6305, na qual sustenta que a lei, em vários dispositivos, mitiga e atinge indevidamente o papel conferido pela Constituição ao Ministério Público no processo penal e estabelece os contornos gerais das funções do juízo das garantias de modo contrário à própria essência do instituto. Entre os pontos questionados estão o que obriga o MP a comunicar ao juízo de garantias todo inquérito ou investigação instaurada, o que autoriza este juízo a determinar de ofício (sem provação das partes) o trancamento de uma investigação e um trecho que determina a criação de sistema de rodízios de juízo das garantias nas comarcas onde há apenas um magistrado.

Nos autos das ADI's 6.298, 6299 e 6300, em decisão liminar, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, suspendeu a implantação do juízo das garantias por 180 dias. Esta decisão foi posteriormente revogada pelo relator da matéria, o Ministro Luiz Fux. Conforme a decisão está suspenso por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz de garantias. Essa decisão cautelar será, por sua vez, submetidas ao referendo do plenário.

Assim, e de uma forma geral, os questionamentos acerca da legislação em comento residem, entre outros fatores, nas regras que permitem a possibilidade de contaminação do juiz pelo elementos de convicção produzidos no inquérito policial, seja para receber ou rejeitar a inicial acusatória, seja porque as questões pendentes poderão ser decididas pelo juiz do processo (por não serem vinculantes), seja pela falta de escassez de recursos humanos e materiais.

No tocante a cessação da competência do juiz das garantias com a propositura da ação penal, caberá ao juiz da instrução do feito ao receber ou rejeitar a inicial acusatória -embora seja um ato decisório que dispensa motivação- analisar os pressupostos processuais, as condições da ação e da justa causa, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Assim, embora seja uma avaliação preliminar, o juiz da instrução ao receber a denúncia ou queixa acaba realizando uma avaliação preliminar dos elementos colhidos nesta fase extrajudicial, bem como poderá decretar absolvição sumária, por ausência de justa causa, ou presença de excludentes de criminalidade ou atipicidade do fato (REALE JÚNIOR, 2011, p. 109).

No mesmo sentido, é possível pelo juiz da instrução processual o reexame das medidas cautelares em curso, podendo então haver a revisão das decisões tomada pelo juiz de garantias, formando uma convicção prévia, pois são decisões que podem estar ligadas à verificação da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, em momento que não corresponde ao da avaliação do mérito.

Finalmente, grandes questionamento surgiram em relação à falta de escassez de recursos humanos e materiais, considerando que não há sequer juízes suficientes distribuídos em todo país para eventual cessão de competência, pois a grande realidade é que há municípios e até regiões com apenas um magistrado (CNJ, 2021), com competência cumulativa, sendo inviável a determinação de aplicação imediata da lei, sem oferecer recurso humano e material para o judiciário.

## CONCLUSÕES

Em 04 de abril de 2017, por meio da Lei nº 13.431 (BRASIL, 2017), surge no Brasil o primeiro microssistema destinado a coibir a violência contra crianças e adolescentes, norteando o Poder Público no desiderato de assegurar um atendimento mais humanizado, célere e qualificado em face das vítimas e testemunhas. Trata-se da Lei de Escuta Protegida, que entrou em vigor em Abril de 2018, enquanto primeira previsão legal em âmbito nacional do depoimento único (produção de prova antecipada obrigatória) para os delitos de violência sexual em face de crianças e adolescentes, por meio do seu artigo 11.

A partir disso, foi apresentada a justificativa para a realização deste trabalho, baseada na importância de conhecer melhor os problemas que a norma processual busca combater diante da sua relevância como instrumento de combate à vitimização secundária. O problema de pesquisa, neste sentido, é referente à possibilidade legal de antecipar o depoimento especial para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual, visando descobrir e elencar as hipóteses de obrigatoriedade, sua influência na decisão final, com os aspectos processuais e materiais que envolvem a colheita deste depoimento.

Sendo assim, a delimitação do problema de pesquisa e das hipóteses elencadas para a sua solução ensejou a realização de estudos dogmáticos e teóricos a respeito de alguns aspectos do direito processual penal alinhado as normas de direito humanos, necessários para embasar a fixação e a adoção de recortes relativos às hipóteses e às variáveis de pesquisa. Nesse diapasão, a pesquisa permite perceber a necessidade de conferir maior celeridade nas investigações policiais, assim como no trâmite do processo penal em face dos delitos que envolvam crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual, o que pode ser alcançado por meio da implementação da oitiva única do depoimento especial pelos órgãos do sistema de justiça, combatendo, assim, os entraves à dinâmica do processo na colheita tradicional deste depoimento.

Em outro sentido, o reconhecimento da obrigatoriedade do depoimento especial antecipado, fundamental para formação de um ambiente de garantia dos direitos da dignidade da pessoa humana das crianças e adolescentes, reforça a importância do mesmo em face da redução dos danos da vitimização secundária, assim como reforça o direito ao esquecimento como direito humano, além de visar o aperfeiçoamento das regras processuais em torno desses delitos, em especial com proteção à vítima e testemunha infantojuvenil, diante da vulnerabilidade do caso.

Na verdade, o depoimento especial já era previsto no ordenamento brasileiro desde as primeiras recomendações pelo CNJ em 2010, derivado de uma prática realizada pelo então juiz José Antônio Daltoé Cezar no Rio Grande do Sul. No entanto, o depoimento especial por meio de produção de prova antecipada de forma obrigatória, previsto no art. 11 da Lei 13.431/2017, pelo sistema de justiça é a grande novidade, pois deixa de ser uma discricionariedade e passa a requerer esforços de todos os órgãos envolvidos para sua execução.

A norma tem grande relevância no contexto nacional, pois determina que, sempre que possível, a oitiva única deste depoimento especial seja realizado em sede de produção antecipada de provas como regra obrigatória. Com isso, essa dissertação buscou analisar os desafios, limites e possibilidades na implementação deste art. 11 da Lei 13.431/2017, considerando não apenas as dificuldades já existentes em torno do depoimento especial, mas apresentando os aspectos processuais em torno de sua aplicação. Ademais, ressalta os desafios do direito ao esquecimento e redução da vitimização secundária, seus limites de aplicação legal, com respeito ao contraditório e ampla defesa, assim como as críticas em face da possibilidade de aplicação.

Em outros termos, nesse contexto legislativo e diante dos dados que apontam para o crescimento da violência sexual contra crianças e adolescentes no país, esta pesquisa procurou entender os aspectos processuais e materiais na implementação da oitiva única de crianças e adolescentes em crimes sexuais, tendo em vista as mudanças de paradigmas

de proteção vítima-testemunha com o advento da Lei nº 13.431/2017 e fazendo uso de um caminho metodológico bibliográfico descritivo e analítico.

Assim, diante de um cenário crescente de abuso sexual infantojuvenil, assim como pela necessidade de reformulação do modelo de colheita desta oitiva foi possível realizar reflexões sobre a mudança do paradigma de proteção da vítima-testemunha, a partir da conquista do depoimento especial único previsto no art. 11 da Lei nº 13.431/2017. Foi explorado, ainda, nesta dissertação como a jurisprudência serviu de fonte para formação do sistema de garantias de crianças e adolescentes vítima-testemunhas de abuso sexual para formação da norma como é posta hoje. Buscou-se realizar um estudo dos requisitos da relevância e urgência para aplicação da regra da proporcionalidade na oitiva única, além de elencar as hipóteses legais de obrigatoriedade em face do depoimento especial antecipado.

Embora com divergência em opiniões, conforme demonstrado no trabalho, é preciso analisar que, de uma forma geral, o objetivo fim da Lei da Escuta Protegida seria tornar o sistema pré-processual e processual mais qualificado e organizado, inclusive estabelecendo regras inovadoras, como a criação de um órgão de rede de proteção responsável por realizar a escuta especializada e coordenar a ação de todos os agentes envolvidos, zelando para que todas as necessidades sejam prontamente atendidas por quem de direito, nos termos do art. 14, §2º da Lei 13.431/2017. Já na esfera processual, a legislação em comento visou assegurar um protocolo padronizado, humanizado, em respeito aos princípios constitucionais em face da criança e do adolescente para que não sejam tratados como “meros instrumentos de produção de prova” evitando a vitimização secundária, qual seja, a repetição dos fatos por agentes sem a devida qualificação.

A nova previsão normativa entrou em vigor em Abril de 2018, mas, como dito, a jurisprudência, em casos concretos, já vinha permitindo o depoimento de forma antecipada, sob o viés do direito ao esquecimento, possibilitando, assim a oitiva única. O Superior Tribunal de Justiça, antes da publicação da norma, já havia apresentando entendimentos sobre a produção

antecipada de prova de depoimento especial de crianças e adolescentes, justificando a premente necessidade de proteção da vítima. No contexto da legislação deve ser analisado se a colheita deste depoimento na forma antecipada irá combater a vitimização secundária por meio do depoimento único, de forma a evitar que o trauma da criança seja constantemente relembrado e vivido.

É inegável que a determinação contida no artigo 11 da Lei nº 11.431/2017 preenche o pré-requisito da adequação, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade, na medida em que é inquestionável o caráter coercitivo da medida que determina e pressiona que os magistrados, promotores e delegados, sempre que possível, colha, por meio da produção de prova antecipada, o depoimento especial, salvo quando a vítima/testemunha prefira optar pelo direito ao silêncio. Por sua vez, a sub-regra da necessidade informa que a providência antecipatória deve ser absolutamente indispensável, ou seja, comprovar que pelas vias tradicionais o objetivo perseguido não possa ser promovido, nem que haveria outro meio para tanto.

Destaca-se, ainda, que os motivos que fundamentam a referida restrição de idade de 7 anos para a oitiva antecipada não tem peso suficiente para justificá-la. Afinal, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990). Ademais, é imposição constitucional que a família, a sociedade o Estado assegurem à criança, com absoluta prioridade, proteção integral, colocando-a a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O capítulo 2 avançou sobre a análise da vítima sexual infantojuvenil, enquanto sujeito do processo penal, e diante de um contexto em que o Estado atua, não raro, como violentador e agente responsável pela violência indireta. Nesse sentido, foi evidenciado também a violência sexual em números no Brasil e a importância da palavra da vítima ou testemunha infantojuvenil. Por último, o Capítulo em comento abordou a vitimização primária, secundária,

terciária e sua prevenção por meio do depoimento especial, bem como o direito ao esquecimento enquanto direito humano.

Neste ponto concluiu-se que quando se adentra no abuso sexual infantojuvenil esse enfrentamento da violência tem uma responsabilidade estatal ampliada, tendo em vista a vulnerabilidade dessas vítimas e o fato de envolver uma violência estrutural que é social e também intrafamiliar. Com efeito, os crimes sexuais em face de crianças e adolescentes, na maioria dos casos, ocorrem de forma clandestina, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. Isso significa que a colheita do depoimento da vítima é de extrema importância para o deslinde da investigação policial, assim como para busca da verdade nos autos pelo magistrado para posterior condenação ou absolvição.

É nessa perspectiva que é preciso cuidado com o processo sempre iminente de revitimização estatal ou a vitimização secundária. Isso porque, frequentemente, primeiramente aquele infante foi vítima de um crime perante a sociedade, e quando ingressa no sistema penal, é vítima novamente, mas tendo como parte autora o Estado violentador. Nesse contexto, o Estado violentador se põe como agente da opressão quando perpetua tais estruturas de violência. Sendo o Estado violentador, ele não cumpre com a responsabilidade que atribui a si próprio na garantia de direitos à população infantojuvenil.

A vitimização secundária passou a ser reconhecida e discutida pela doutrina nacional e internacional com objetivo principal de evitar que a criança ou adolescentes tenha que rememorar os fatos. A necessidade de evitar sofrimentos adicionais encontra-se fundamento no direito ao esquecimento inclusive para fins de respaldar a urgência da colheita antecipada da oitiva da vítima/testemunha infantojuvenil nos delitos de abuso sexual. Sendo assim, o direito ao esquecimento fundamenta a possibilidade do seu titular se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se, então, do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante.

O Capítulo 3 da pesquisa, por sua vez, abordou de forma mais detida a prova antecipada no depoimento especial. Para tanto, empreendeu-se uma análise da produção de prova antecipada no depoimento especial em relação a participação das vítimas e testemunhas de abuso sexual no processo penal e o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF). Em seguida, foram realizadas considerações sobre o respeito a ampla defesa e o contraditório no depoimento especial único. E, por fim, o Capítulo abordou, ainda, a emergência do juiz de garantias, sobretudo os avanços e críticas ao modelo de produção técnico-científica do depoimento especial único.

Os resultados das discussões levadas à cabo no Capítulo 3 apontam que, com o desenvolvimento dos desafios da implementação da metodologia utilizada no depoimento acolhedor, após a publicação e vigência da Lei de Escuta Protegida, foi criado pelo CNJ o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF). O Protocolo tem como finalidade estabelecer um método de entrevista semiestruturado, flexível e adaptável ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, tendo como consequência a padronização em todo país facilitando a escuta protegida das crianças e adolescente vítimas ou testemunhas de abuso sexual para fins de investigação e judicialização das ocorrências.

Ademais, com o surgimento da Lei nº 13.431 alguns questionamentos têm surgido referentes à constitucionalidade de suas normas. Em favor do acusado incide o direito de conhecer o teor da acusação que contra si pesa e das evidências que foram encontradas, inclusive das provas testemunhais produzidas. A forma como a prova é colhida, por meio de ritos capazes de proteger a criança e o adolescente sem se descuidar dos princípios que conferem ao acusado um processo legal justo, é o desafio que se impõe.

No momento em que o depoimento especial da vítima/testemunha infantojuvenil é colhido sob a modalidade antecipada, ele pode vir a ser realizado sob o aparato da autoridade policial, na fase do inquérito policial. Nessa situação, a vítima/testemunha não será ouvida pelo delegado e sim pelo juiz, por meio de uma equipe interdisciplinar. É certo que essa prova deve ser

colhida respeitando o contraditório, mas isso não impede que o juiz determine a retirada do réu da sala de audiência quando a presença do mesmo ocasionar humilhação, temor ou sério constrangimento para não prejudicar a qualidade e a verdade em face do depoimento a ser colhido.

Não menos importante são as considerações acerca do juiz de garantias, atualmente objeto de controle de constitucionalidade, ao qual teria a competência para analisar a legalidade do pedido da oitiva única do depoimento especial no caso concreto. O legislador ao trazer para o ordenamento brasileiro a figura do juiz de garantias buscou, conforme Exposição de motivos da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), fortalecer o princípio acusatório no CPP, bem como permitir a otimização da prestação jurisdicional, em virtude da especialização na matéria a ser tratada pelos juízes.

Finalmente, diante de todo o exposto, é possível concluir que, em um contexto de enorme violência sexual contra criança e adolescente, ao elaborar o art. 11 da Lei nº 13.431/2017 o legislador buscou efetivar o princípio constitucional da proteção integral, conferindo segurança jurídica à sociedade, e garantindo ao cidadão um modelo seguro de conduta, ao induzir confiança e uma expectativa legítima do jurisdicionado. No entanto, é necessário, ainda, que haja um esforço no sentido de implementar, por meio de gestões administrativas, financeiras e jurídicas formas de atuação em conjunto com os órgãos envolvidos, com equipe e espaço adequado, de maneira a permitir o depoimento de forma antecipada, sob o viés do direito ao esquecimento, possibilitando, assim a oitiva única do depoimento especial, nas situações elencadas neste trabalho, visando não apenas um procedimento mais célere e mais próximo da busca da verdade real, mas acima de tudo respeitando a proteção da vítima/testemunha infantojuvenil.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Acusatório. O novo papel do Ministério Público no Processo Penal de Partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALMEIDA, João Conrado Ponte de. **Aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos na atividade de polícia judiciária**. Academia Nacional de Polícia, 2014. Disponível em [http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632\\_eadelta.pdf](http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/7632_eadelta.pdf) Acesso em 20 de Fev. de 2021.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

ALTO, Livia Tognolo da Silva Monte. A proteção dos direitos de personalidade nas relações de vizinhança: direito à intimidade e vida privada e direito ao sossego. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coords.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

AMORIM, S.M.F. **Princípios norteadores da escuta da criança e do adolescente**. UFMS. Campo Grande, 2010.

ANDRADE, MAURO FONSECA. **Juiz de garantias**. Mauro Fonseca Andrade. 3º edição./ Curitiba: Juruá, 2020.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O cross-examination como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro**. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Jan./Mar. Rio de Janeiro: 1999.

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

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

BALBINOTTI, Cláudia. **A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009.

BBC. **70% das vítimas são crianças e adolescentes**: oito dados sobre estupro no Brasil. 24 de abril de 2017. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054](http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054) Acesso em 22/01/2019.

BEZERRA JÚNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**: a justa medida entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar**: Por uma política pública de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRITO, Leila; AYRES, Lygia; AMENDOLA, Marcia. **A escuta de crianças no sistema de justiça**. *Psicologia & Sociedade*, v. 18, n. 3, p. 68-73, 2006, p. 69

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm) Acesso em 25 de Jan. de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.431 (2017). **Lei nº 13.431, de 4 de Abril de 2017**. Brasília, DF. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm) Acesso em 31 de Jan. de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965 (2014). **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/leis/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/leis/112965.htm) Acesso em 20 de Fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção dos Direitos da Criança e Adolescente. **Violência contra Crianças e Adolescentes**: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas / elaboração de Marcia Teresinha Moreschi – Documento eletrônico – Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Resp. nº 1.334.097-RJ**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. Julg. em 28/05/2013. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf> Acesso em 28 de Fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** (Código de Processo Penal). Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 05 de Mar. de 2021.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Coimbra Editora, 2008.

CANTELE, Bruna Renata. História dinâmica antiga e medieval. São Paulo: IBEP, 1989, p. 96. IN CONSALTER, Zilda Mara. **Para além do Rio Lete: o direito ao esquecimento como aporte teórico para a proteção efetiva da intimidade na era virtual**. São Paulo, 2016.

CASTELLANO, Pere Simón. El carácter relativo del derecho al oído en La red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. In: CORREDOIRA, Loreto; HUESO, Lorenzo Cotido (Coords.). **Libertad de expresión e información em internet: amenazas y protección de los derechos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

CENTRO REGIONAL DE MAUS-TRATOS NA INFÂNCIA. **Abuso sexual doméstico: atendimento às vítimas e responsabilização do agressor**. 3 ed. V. 1. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2009.

CEZAR, José Antônio Daltoé. Um problema mundial. Artigo publicado no **Jornal Zero Hora** de Porto Alegre, RS em 16 de Mai. de 20149, p. 21.

CHILDHOOD BRASIL. **Cartilha de atendimento Integrado a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência doméstica no planejamento plurianual dos municípios e estados brasileiros 2018-2021**. Disponível em [crianca.mppr.mp.br/pagina-1872.html](http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1872.html) Acesso em 14/08/2020.

\_\_\_\_\_. **A violência sexual infantil no Brasil**. 2019. Disponível em <https://www.childhood.org.br/a-violencia-sexual-infantil-no-brasil> Acesso em 14/08/2020. Acesso em 14 de Ago. de 2021.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**. Organizadores: Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves e Reginaldo Torres Alves Júnior. São Paulo e Brasília : Childhood - Instituto WCF- Brasil: CNJ: UNICEF, 2020. Disponível em [www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/depoimento\\_especial/protocolo\\_entrevista\\_crianças\\_e\\_adolescentes\\_vitimas\\_testemunhas\\_de\\_violencia\\_0.pdf](http://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/depoimento_especial/protocolo_entrevista_crianças_e_adolescentes_vitimas_testemunhas_de_violencia_0.pdf) Acesso em 14 de Ago. de 2020.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. São Paulo: Juruá Editora, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 531**, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Março de 2013. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> Acesso em 25 de Jul. de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf> Acesso em 17 de Nov. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Recomendação nº 33, de 23 de Novembro de 2010**. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194](http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194) Acesso em 28 de Jan. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 253, de 04 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf>

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 299, de 05 de novembro de 2019**. Disponível em [www.cnj.jus.br/depoimento-especial-publicada-resolucao-com-regras-para-tribunais/](http://www.cnj.jus.br/depoimento-especial-publicada-resolucao-com-regras-para-tribunais/) Acesso em 14 de Ago. de 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: a oitiva de crianças e adolescentes no Poder Judiciário Brasileiro, com foco na implementação da Recomendação nº 33/2010 do CNJ e da Lei nº 13.431/2017**. Brasília: CNJ. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/efd93a2e429d1b77e6b35d5628ee9802.pdf>. Acesso em: 23.06.2020.

CUNNINGHAM, Alison. A Escuta de Crianças Abusadas Sexualmente para Compreensão do Processo de Revelação. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Orgs). **Prevenção do Abuso Infantil: Um enfoque Interdisciplinar**. São Paulo: Juruá, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 91.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALYLY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 351

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Jus Podivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 1º volume**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito de ser esquecido. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.13, n.2. p.7-25, Ago. 2017 Disponível em: <HTTPS://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1670> Acesso em 22 de Fev. de 2020.

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

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Habeas Data**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002,.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3ª ed. Lumen Juris. 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis:Vozes, 1977, p. 70.

FERNÁNDEZ, Carlos Cerda. **Exigencias primordiales de la jurisdicción del presente y del mañana**. International Commission of Jurists, 1992. Disponível em <https://www.icj.org/exigencias-primordiales-de-la-jurisdiccion-del-presente-y-del-manana/> Acesso 25 de Jul. de 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15

FERRAIOLI, Marzia. **Il Ruolo di “Garante” del Giudice per le Indagine Preliminare**. 2 ed. Padova: Cedam, 2001.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p.70.

FRANÇA, Cassandra. **Um corpo maculado na infância**: a necessidade de intervenção precoce dos profissionais de saúde. Pesquisa e práticas psicossociais, Vol.13, São João del-Rei Jan./Mar. 2018 Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-89082018000100007](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-89082018000100007) Acesso em 13 de Jul. de 2019.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em [forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf) Acesso em 12 de Ago. de 2020.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança: Uma abordagem multidisciplinar**. Tradução: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1993, p. 29.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Depoimento sem dano? Das funções não declaradas ao regime de heteroverificação no processo penal.** *Revista Liberdades*, IBCCRIM, n. 22.mai/ago2016.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias.** 3 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2018.

GOODMAN, Gail S. (Et. Al.). **Testifying in criminal court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims.** Monographs of the Society for Research in Child Development. Vol. 57, nº 5, 1992. Disponível em <https://dx.doi.org/10.2307/1166127> Acesso em 15 de Jul. de 2019.

GOMES. Abel Fernandes. **Juiz de Garantias: inconsistência científica; mera ideologia—como se só juiz já não fosse garantia.** *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51. P. 98-105, out/dez.2010

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** *In Revista Forense*, v. 347, jul-set, 1999.

\_\_\_\_\_. **Verdade reais e verdade formal? Um falso problema?** *In: PEREIRA, Flávio Cardoso. (Org). Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Gomes, Décio Alonso. **Confrontação do Depoimento com Redução de Danos (Abordagem desde uma perspectiva Criminal).** *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, 2015. Disponível em: [http://publicacao.mpri.mp.br/rmpri/rmp\\_comemorativa/files/assets/saic-html/page2.html](http://publicacao.mpri.mp.br/rmpri/rmp_comemorativa/files/assets/saic-html/page2.html). Acesso em: 10.10.2020

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas Do Processo Penal. Considerações Críticas. Provas. Ritos Processuais. Júri. Sentenças.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. **A produção de provas pessoais por crianças e adolescentes: uma questão interdisciplinar.** *In: PAULO, Beatrice Marinho (org). Psicologia na prática jurídica: a criança em foco.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOFTUS, E. **As falsas lembranças.** *Revista Viver Mente & Cérebro*, 2, 90-93, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64 e p. 414

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 135-139.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LUCHETE, Felipe. **TJ de São Paulo manterá condenação de autor de peça sobre Isabella Nardoni**. Conjur, 17 de Ago. de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/tj-sp-mantera-indenizacao-autor-peca-isabella-nardoni> Acesso em 29 de Mar. de 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYR, Eduardo. **Vitimização judicial da vítima: algumas reflexões**. Fascículos de Ciências Penais, ano 5, v. 5, n.4, p. 70-76, out/dez. 1992, p.74

MANTELERO, Alessandra. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the “Right to be Forgotten”. **Computer Law and Security Review**, Amesterdã, V. 29. n.3, p. 230, 2013. Disponível em [HTTP://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654). Acesso em 02 de Mar. de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Março de 2018 Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROFMARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DEREMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf> Acesso em 29 de Fev. de 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Legitimidade do Direito Positivo**. Direito Natural, Democracia e Jurisprudência. São Paulo: Forense, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, p.130.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e direitos humanos: O processo penal sob a perspectiva da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTINEZ Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, pp. 5-6. Acesso em: 22.07.20. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORARI, Natália Fagundes; GUEDES, Eduardo Pereira; POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarck. **Depoimento sem dano: uma visão interdisciplinar entre a psicologia e o direito**. Anais XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. (ISSN 2358- 3010). 2014. Disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11778> Acesso: jul 2019.

MORENO, Myrian Herrera. **Victimologia: naciones básicas**. Sevilla: Servi-Copy S.L., 2016.

MOURA, João Batista Oliveira de. **Crimes Sexuais: A inquirição da vítima como objeto da prova**. Curitiba: Juruá: 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **A escuta, o depoimento especial e o novo crime de violação de sigilo processual**. Disponível em [www.guilhermenucci.com.br/artigo/escuta-e-o-depoimento-especial-e-o-novo-crime-de-violacao-de-sigilo-processual](http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/escuta-e-o-depoimento-especial-e-o-novo-crime-de-violacao-de-sigilo-processual) Acesso em 21 de Jan. de 2019.

ONU. Organizações das Nações Unidas. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1980**. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm) Acesso em 23 de Jan. de 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. **Resolução nº 20/2005**. Disponível em [encurtador.com.br/hoGLP](http://encurtador.com.br/hoGLP) Acesso em 14 de Ago. de 2020.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **Victimologia e mulher**. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PACHOAL, Janaína Conceição (Orgs.). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 956 p.

PAULO, B. M. **Nadando contra a corrente: um outro olhar sobre a participação de psicólogos na inquirição de crianças.** (Coord.). Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEDERSEN, Jaina; GROSSI, Patrícia. **O abuso sexual intrafamiliar e a violência estrutural.** São Paulo: Artmed Editora S.A., 2011.

PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. *In*. PEREIRA, Flávio Cardoso. (Org). **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso sexual infantil e a palavra da criança vítima: pesquisa científica e a intervenção legal. **Revista dos Tribunais.** Ano 96. Vol. 857. Março de 2007.

PIMENTEL, Silva e outros. Estupro ou Cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

POTTER, Luciane. **A escuta protegida de crianças e adolescentes:** os desafios da implantação da Lei nº 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

PRADO, Katy Braun. **Direito ao silêncio da criança ou adolescente vítima no depoimento especial.** A escuta protegida de crianças e adolescentes. Os desafios da implementação da Lei nº 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O Juiz das Garantias.** Revista do Advogado, Ano XXXI, setembro de 2011, nº 113.

\_\_\_\_\_. **O Juiz de Garantias. In: A Reforma do Processo Penal.** Revista do Advogado, São Paulo, a. XXX, set. 2011.

REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 95-123, 1997.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual:** a experiência do estado de mato grosso do sul, 2017. Disponível em <file:///G:/MESTRADO%20UNICAP/tese/art.%204.pdf> Acesso em: 22/01/2019.

ROEDIGER, H. L. III., & MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. *In* E. Tulving, & F. I. M. Craik, **The Oxford Handbook of Memory** (pp. 149-162). Oxford, England: Oxford University Press, 2000.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranoico”** (Cordeiro) no Processo Penal. In. POTTER, Luciene. Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Adriana Ribeiro dos; COIMBRA, José César. O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição. **Revista Psicologia: Ciência e Profissão** Jul/Set. 2017, v. 37 n°3, 595-607. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pcp/v37n3/1982-3703-pcp-37-3-0595.pdf](http://www.scielo.br/pdf/pcp/v37n3/1982-3703-pcp-37-3-0595.pdf) Acesso em 31 de Ago. de 2019.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; VIANA, Vanessa Nascimento; GONÇALVES, Itamar Batista. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual: Metodologias para tomada de depoimento especial**. Curitiba: Appris, 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 7, p. 208, jan/março, 2016.

Apud SCHERER, Carmem Cabral; MACHADO, Débora Silva; GAUER, Gabriel J. Chittó. Uma violência Obscura: Abuso sexual. In: GUER, Gabriel J. Chittó e MACHADO, Debóra Silva (Orgs). Filhos e Vítimas do tempo da violência. Curitiba. Editora Juruá, 2008

SERRANO, Jorge Jiménez. **Psicologia e investigación criminal: Psicología criminalista**. Pamplon: Thompson Reuters, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, 2002. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> Acesso em 09 de Ago. de 2019.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Reforma Processual Penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimentos penais. Lei 11.690/2008, provas. Lei 11.689/2008, júri. Comentadas artigos por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Mariana Moreno. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 10, nº 20, UNICESUMAR, jan.-abr. 2018. Acesso em 20 de Mar. de 2021.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Segurança jurídica e jurisprudência - Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Depoimento especial de crianças e adolescentes no sistema de justiça**. São Paulo: Pilares, 2018.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de repostas corretas em Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Jorge; SILVA, Milena Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. *In*: TRINDADE, Jorge (Coord.). Direito da Criança e do Adolescente. Uma abordagem interdisciplinar. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. N54. Outubro/2004 a Abril/2005. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia aspectos psicológicos e penais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58.

VISÃO MUNDIAL. 2017. Disponível em: <http://blog.visaomundial.org/vis%C3%A3o-mundial-18-de-maio>. Acesso em: 20.05.2020

VILLELA, Casanova; SANTOS, Cattapam Kassiany dos. Harmonização dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da prioridade absolutadiante da Lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2019. Disponível em <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/135/3> Acesso em 20 de Mar. de 2020.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner e outros. Considerações sobre o depoimento de criança/adolescente vítima de violência sexual. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 2011. Disponível em <https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revistamulti1.pdf> Acesso em 24 de Mar. de 2020.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. **Depoimento especial**: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei nº 13.431/207. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018.