



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ- REITORA DE PÓS- GRADUAÇÃO E PESQUISA - PPGP
ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

MILENA VIANA DA COSTA

**DEPOIMENTO ESPECIAL E PRODUÇÃO DE PROVA NO CONTEXTO DO CRIME
DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

CAMPINA GRANDE - PB

2019

MILENA VIANA DA COSTA

**DEPOIMENTO ESPECIAL E PRODUÇÃO DE PROVA NO CONTEXTO DO CRIME
DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Orientadora: Prof.^a. Dra. Rosimeire Ventura Leite.

CAMPINA GRANDE - PB

2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C837d Costa, Milena Viana da.
Depoimento especial e produção de prova no contexto do crime de estupro de vulnerável [manuscrito] / Milena Viana da Costa. - 2019.
54 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2019.
"Orientação : Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Produção de prova. 2. Depoimento especial. 3. Estupro de vulnerável. I. Título
21. ed. CDD 347.05

MILENA VIANA DA COSTA

**DEPOIMENTO ESPECIAL E PRODUÇÃO DE PROVA NO CONTEXTO DO CRIME
DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Penal e Processual Penal

Aprovada em: 25 / 04 / 19.

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Pós-Doutora Rosimeire Ventura Leite (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.^a Dr.^a Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz- Nóbrega
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.^a Dr.^a Ana Alice Ramos Tejo Salgado
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico este trabalho a Deus e à Virgem Maria, que me guiaram em todos os momentos adversos da vida. Dedico também à todas as crianças e adolescentes que em algum momento de suas vidas foram vítimas de abuso sexual, em especial para que sua infância e adolescência sejam resguardadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus e à Virgem Maria por serem luz em todos os caminhos que percorri até esse momento.

Aos meus pais pela dedicação de uma vida inteira. Em especial à minha mãe, com sua força imensurável, que lutou junto comigo nos momentos difíceis, ensinando-me que o futuro ainda resguardaria infinitas possibilidades.

À minha avó Albertina (*in memoriam*), pela referência de ser humano que foi e permanece sendo para mim. Sua simplicidade e empatia me ensinaram o sentido real da vida.

Ao meu preceptor e magistrado Dr. Hugo Gomes Zaher pela paciência e dedicação que dispendeu durante a residência judicial, nos mostrando o lado humano da magistratura. Agradeço pelas reflexões e pelo senso crítico que nos fez despertar sobre os mais variados temas afetos à Infância e Juventude, em especial por ter me permitido vivenciar de que forma se dava o procedimento de um depoimento especial *in loco*.

À minha orientadora Dra. Rosimeire Ventura Leite pela sua serenidade e empenho com que me direcionou neste trabalho, me despertando sobre a importância da temática. Como madrinha da nossa turma, agradeço pelo sua disponibilidade de sempre ouvir nossas inquietações e questionamentos, além do compromisso de reivindicar melhorias no curso.

Ao Juizado Auxiliar da Infância e Juventude da 2ª Circunscrição, em especial Dr. Agacyr Negromonte, Damiano Cacimiro, Wadilea Farias, Mayra Borba, aos analistas e técnicos judiciários, além da Equipe Multiprofissional pela receptividade com que me acolheram durante esses 61 dias de residência.

Às secretárias Ana Teberge e Verinha pela atenção e disponibilidade, sempre nos auxiliando no que precisávamos.

À amiga Ana Flávia pela parceria e incentivo durante todo o curso. Seu incentivo e ajuda foram fundamentais nessa conquista.

“A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta. [...] cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.”

Rogério Schietti Cruz (Ministro do STJ)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as particularidades do depoimento de crianças e adolescentes como meio de prova no processo penal brasileiro, tendo em vista especificamente o crime de estupro vulnerável. A escolha do tema encontra sua principal justificativa na importância da escuta especializada de crianças e adolescentes durante o depoimento especial, como forma de produção probatória. Ademais, as possíveis consequências psicológicas para as vítimas e os desafios para a responsabilização do suposto agressor frente à dificuldade para a identificação/determinação de indícios de autoria e materialidade também alicerçam a escolha do tema. Diante desse contexto, indaga-se na presente pesquisa: quais são os principais cuidados que se devem adotar na coleta de declarações de vítima criança? O depoimento especial é técnica apta a preservar os interesses da criança vítima e auxiliar na busca da verdade? Quais são os riscos inerentes à oitiva da vítima criança em termos de concorrência para eventual erro judiciário? O depoimento especial pode reduzir esses riscos? Neste diapasão, o trabalho baseia-se no exame da dualidade existente entre a dificuldade da aferição da autoria e materialidade do estupro de vulnerável e a necessidade de se resguardar os interesses da criança ou adolescente inquirido. Com relação à metodologia, a pesquisa é exploratória e descritiva, no momento em que busca analisar os institutos do depoimento especial e suas implicações no tocante à produção de provas durante o processo penal, traçando um paralelo entre a problemática e a atuação do juiz na inquirição da vítima. Sendo eminentemente teórica, quanto ao procedimento técnico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, visto que foram utilizados artigos e livros. Por fim, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica utilizada foi a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Prova. Depoimento Especial. Estupro de vulnerável.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the testimonies of children and adolescents and their particularities as proof in the Brazilian criminal process, especially for the crime of raping vulnerable people. The main reason for studying this issue is the importance of having specialists do the listening, when children and adolescents are involved, during the testimony, as a form of probative production. In addition, the possible psychological consequences for the victims and the challenges when it comes to giving responsibility to the alleged aggressor facing the difficulty to identify / determine evidence of authorship and materiality also support the choice of the topic. Given the background, a question must be asked: what are the main precautions to be taken when collecting statements from children? Is special testimony technically capable of preserving the interests of the child and assisting in the search for truth? What risks are related to children's hearings when it comes to eventually causing justice fault? Can special testimony reduce these risks? In this context, the work is based on examining the duality between the difficulty of assessing authorship and materiality of the rape of vulnerable and the need of protecting the interests of the child or adolescent. Regarding the methodology, the research is exploratory and descriptive, since it seeks to analyze the items of the special testimony and its implications on producing evidence during the criminal process, making a comparison between the problem and the judge's role in inquiring the victim. Being eminently theoretical in its technical procedure, a bibliographical and documentary research has been carried out, since articles and books were used. Finally, the method is deductive and the technique is bibliographic review.

Keywords: Proof. Special Testimony. Rape of vulnerable people.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 12 |
| 2.1 Aspectos Históricos | 12 |
| 2.2 Contornos Legais do Delito | 14 |
| 3 PROVA NO PROCESSO PENAL | 20 |
| 3.1 Conceito | 20 |
| 3.2 Finalidade | 21 |
| 3.3 Particularidades da Prova Oral | 22 |
| 3.4 Importância das Declarações da Vítima nos Delitos Sexuais | 23 |
| 3.5 Problemática inerente à oitiva de crianças e adolescentes no processo penal | 25 |
| 4 DEPOIMENTO ESPECIAL: CONTORNOS HISTÓRICOS E PRÁTICOS | 28 |
| 4.1 Conceito | 28 |
| 4.2 Evolução histórica no Brasil | 29 |
| 4.3 Síntese do procedimento | 31 |
| 4.4 Inovações da Lei nº 13.431/2017 | 34 |
| 4.5 Proposta de disciplina legal no Projeto do novo Código de Processo Penal | 36 |
| 5 DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MEIO DE PROVA | 39 |
| 5.1 Problema da subjetividade e da sugestionabilidade na inquirição infantil | 39 |
| 5.2 Falibilidade da oitiva de crianças e adolescentes como meio de prova: o problema do erro judiciário | 42 |
| 5.3 Vantagens e limitações do depoimento especial | 44 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 46 |
| REFERÊNCIAS | 48 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, intitulada “Depoimento Especial e Produção de Prova no contexto do crime de estupro de vulnerável”, tem como objetivo principal analisar as particularidades do depoimento de crianças e adolescentes como meio de prova no processo penal, tendo em vista especificamente o crime de estupro vulnerável.

Os casos de estupro de vulnerável envolvendo crianças têm ganhado particular destaque nos meios de comunicação e também no meio forense. Trata-se de delito complexo, pois suas consequências psicológicas são alarmantes para as vítimas, e, por outro lado, existe o problema da responsabilização do suposto agressor frente à dificuldade para a identificação/determinação de indícios de autoria e materialidade deste tipo penal.

Além da interdisciplinaridade do tema, Psicologia, Direito Penal e Processo Penal, que leva, inevitavelmente, a um embate entre o subjetivismo e a busca pela verdade real, inerente ao processo de colheita de provas do processo penal, em muitos dos casos, a violência sexual ocorre de maneira intrafamiliar, o que redimensiona o depoimento da vítima dentro do processo, imprimindo-lhe uma importância significativa. Dessa afirmação, surgem os desafios no que se refere à forma como é acolhido tal depoimento e que possíveis erros podem ser cometidos durante a persecução penal.

Diante desse contexto, indaga-se: quais são os principais cuidados que se devem adotar na coleta de declarações de vítima criança? O depoimento especial é técnica apta a preservar os interesses da criança vítima e auxiliar na busca da verdade? Quais são os riscos inerentes à oitiva da vítima menor em termos de concorrência para eventual erro judiciário? O depoimento especial pode reduzir esses riscos?

A escolha do tema encontra sua principal justificativa na importância do depoimento especial, realizado por meio de uma escuta especializada da criança ou adolescente vítima do crime de estupro de vulnerável. Nesse diapasão, e frente aos direitos e garantias que lhes são próprios, parte-se do ponto de vista de que as práticas jurídicas devem ser ajustadas às peculiaridades dessa fase de desenvolvimento, especialmente por se tratar de uma situação traumática para o infante.

O crime de estupro e o estupro de vulnerável correspondem a graves tipos penais, que, geralmente, são de difícil aferição da materialidade e autoria delitivas em virtude da ausência de vestígios da modalidade tentada, ou mesmo, havendo consumação, em razão dos vestígios desaparecem com o decurso do tempo, comprometendo a colheita de provas no processo.

Sob este mote de dificuldade instrutória, é possível compreender a proporção que a palavra da vítima toma nesses casos, exatamente pela dificuldade probatória que envolve essa espécie de crime, e pelas características de como é cometido, via de regra, em locais ermos, afastado de qualquer testemunha, impossibilitando a formação do conjunto probatório robusto para uma possível condenação.

A partir de tal problemática e ante a importância que o depoimento da vítima assume em alguns casos, atualmente, crianças e adolescentes são ouvidos em ambiente separado da sala de audiências, com equipamentos de gravação que ficam em posição discreta para não as inibir.

No que diz respeito à metodologia, a pesquisa é eminentemente teórica. Quanto ao procedimento técnico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, visto que serão abordados artigos, livros e jurisprudência acerca do tema. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica utilizada foi a revisão bibliográfica. A pesquisa tem cunho exploratório e descritivo, no momento em que se busca analisar os institutos do depoimento especial e suas implicações no tocante à produção de provas durante o processo penal, traçando um paralelo entre a problemática e a atuação do juiz na inquirição da vítima criança e adolescente. Como referencial teórico, adotou-se, na parte de processo penal, a doutrina de Nucci e Távora; Alencar. Na parte de direito penal, buscou-se fundamentos sobretudo em Masson. E, por fim, em depoimento especial, as ideias principais do presente estudo se baseiam em Daltoé e Balbinotti.

Para tanto, o primeiro capítulo tem por finalidade iniciar o estudo por questões introdutórias, fazendo um apanhado geral sobre o espaço que crianças e adolescentes ocupavam na sociedade escravocrata brasileira e os marcos legais mais expressivos de seu reconhecimento e proteção. Nesse mesmo capítulo ainda são traçados os contornos legais do delito, uma análise pormenorizada do tipo penal e principais alterações legislativas.

O segundo capítulo teve como escopo analisar a prova dentro do processo penal, incluindo seu conceito, finalidade e particularidades, traçando um paralelo entre a importância dada ao depoimento da vítima e a dificuldade na oitiva de crianças e adolescentes.

No terceiro capítulo, adentramos à análise do instituto do depoimento especial, especialmente no tocante à sua evolução histórica, procedimento, inovações e proposta de disciplina legal dentro do Novo Código de Processo Penal.

O quarto e último capítulo discutimos o depoimento especial como meio de prova, abordando aspectos como sua falibilidade com possíveis erros judiciários, vantagens e limitações. Há, ainda, uma análise sobre uma possível sugestionabilidade na inquirição infantil,

tendo em vista que o modo como são realizadas as perguntas à crianças e adolescentes podem ter repercussão diversa da pretendida.

Ressaltamos, por fim, que o presente estudo não tem por objetivo esgotar as discussões realizadas sobre o tema, tendo em vista que pode ensejar muitas delas e em várias vertentes, não só no campo do Direito. Busca-se, com as análises aqui feitas, trazer para a área acadêmica e civil a importância da discussão do tema, especialmente pela frequência com que o Judiciário lida com essas questões, pela sua importância e interdisciplinaridade que abrange.

2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1 Aspectos históricos

O período escravocrata no Brasil, especialmente o século XIX, nos diz muito sobre a permissividade existente à época em relação a iniciação sexual de meninos adolescentes com meninas adolescentes escravas, pouco importando sua idade ou seu consentimento para o ato. Muitas vezes, consoante destaca Danielle Martins Silva, tais atos “em especial quando envolvia famílias ricas e homens ricos, caracterizava-se pela franca permissividade na manutenção de relações de natureza sexual entre crianças e adultos, sempre acobertadas pelo manto do sacramento matrimonial.” (SILVA, 2016, p.03). A autora acrescenta, ainda, que “era comum o casamento acordado entre famílias de jovens meninas ricas, contando ainda com dez, doze anos de idade, e algum amigo do pai, contando com cinquenta, sessenta anos de idade.” (SILVA, 2016, p.03).

Tal contexto demonstrava uma arraigada cultura com um viés de larga aceitação de relacionamentos entre crianças ou adolescentes e adultos, inclusive com a respectiva chancela legal para tanto. A dificuldade residia em como transpor aquela realidade e criminalizar tal conduta amplamente disseminada e aceita socialmente. O Código Penal (CP) de 1940 instituiu a presunção de violência para o crime de estupro praticado contra menores de 14 anos, o que, até então, o Código Criminal do Império (1830) e o Código da República (1890) deixavam de prever em relação às vítimas menores de 14 anos (SILVA, 2016, p.06).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti em voto proferido no Recurso Especial (REsp) nº 1.480.881-PI, faz apontamentos sobre relatos trazidos pelo sociólogo francês Georges Vigarello, em sua obra intitulada “História do estupro” ainda no século XVIII em Paris. Segundo o Ministro-relator, consta na referida obra referências à “criança provocadora” ou “criança libertina”, o que conotava possível “libertinagem” ou “excesso de instrução para a tão pouca idade.” O recorte histórico feito por Schietti assim giza:

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (História social da criança e da família. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as

conclusões do François de Dainville (La Naissance de L'humanisme Moderne, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo” (STJ – R.E. nº 1.480.881-PI – Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz – data julgamento 3ª Sessão 26/08/2015– DJe 10/09/2015.).

A historiografia brasileira demonstra que, até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes careciam de uma proteção penal específica nos casos em que figuravam como vítimas de crimes sexuais. Somente a partir do Código Penal de 1940 passou-se a tipificar a ocorrência de atos libidinosos praticados contra menores de 14 anos e punir efetivamente a hipótese em que o crime ocorresse no seio familiar, inclusive padrasto, tutores ou curadores.

A evolução trazida pelo Código Penal de 1940 reformulou o conceito de infância, o que reverberou em um compartilhamento social na responsabilidade e no cuidado das crianças e adolescentes, com a finalidade de resguardar seu desenvolvimento. Logo após, surge a Constituição de 1988, em que consagra a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes como prioridade absoluta, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em que foram tipificadas como crimes as condutas de exploração sexual de crianças e adolescentes (arts. 241, 244-A e 250).

O ECA vem sendo progressivamente aperfeiçoado em consonância com uma tendência mundial de conferir maior proteção possível a essa faixa etária. A Lei nº 11.829/2008 veio alterar a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, com a finalidade de, segundo sua ementa, “aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”, o que nos mostra uma sensível tendência a uma evolução legislativa alinhada à doutrina da Proteção Integral.

No plano interno, a reforma trazida pela Lei nº 12.015/09 modificou a nomenclatura do Título VI do CP para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, anteriormente intitulado “Crimes contra os Costumes”. Tal alteração também inseriu um capítulo específico que trata sobre crimes sexuais contra vulneráveis, em suas modalidades de abuso sexual e exploração sexual. O limite etário imposto pela nova legislação acabou por revogar de forma expressa o que dispunha o artigo 224 do Código Penal.

Registre-se, por fim, a edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou o inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/1990, a fim de classificar como hediondo o crime de

favorecimento da prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Ainda em seu voto como relator no Recurso Especial nº 1.480.881-PI, acima referido, o Ministro Rogério Schietti Cruz faz um apontamento considerável a respeito do tratamento dispensado à crianças e adolescentes na sociedade atual, especificamente no que se refere à crimes sexuais cometidos contra estas:

De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. (STJ – REsp. nº 1.480.881-PI – Ministro Rogério Schietti Cruz – data julgamento 3ª Sessão 26/08/2015– DJe 10/09/2015).

O marco político central que deve ser considerado para toda essa mudança normativa se deve muito pela adesão do Brasil a tratados e convenções internacionais, especialmente a promulgação em 21 de novembro de 1990, através do Decreto nº 99.710, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 guarda especial semelhança com o artigo 19 da Convenção por prever, com absoluta prioridade, a proteção apropriada e salvaguarda de qualquer abuso, tratamento negligente, inclusive abuso sexual, seja por parte dos pais, representantes legais ou pessoa responsável por elas.

A evolução histórica, normativa e moral que sofremos ao longo dos séculos demonstram o grau de intolerância que alcançamos socialmente com a precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes. Intolerância essa que se agrava perante tamanha imaturidade de uma pessoa que ainda se encontra em formação física e psíquica, além de potenciais danos causados à sua personalidade, o que deve ser sopesado também com o amadurecimento precoce por que passam os jovens, atualmente, dentre tantos fatores que ocasionam tal fenômeno.

2.2 Contornos legais do delito

A Lei nº 12.015 de 2009 alterou sensivelmente a nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”, numa busca por adaptar tal legislação aos novos contornos dados pela evolução social a que o

direito está submetido e ao nosso próprio regramento constitucional. Segundo Estefam (2009, p. 16-19, *apud* SÁ, 2009, p.3), a necessidade de tal reformulação do Título VI adveio após a promulgação da atual Constituição Federal, em que se estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira.

Atualmente, segundo Masson (2018, p.135), existem dois crimes diversos, dependendo do perfil subjetivo do ofendido. Caso a vítima seja pessoa vulnerável, aplica-se o art. 217-A, ao passo que nas demais hipóteses incidirá o art. 213, ambos do Código Penal. Tal dicotomia é justificada pelo fato do estupro de vulnerável ser crime mais grave, implicando em uma maior reprovabilidade na conduta do agente, na fragilidade da vítima e na amplitude dos efeitos negativos causados à pessoa de pouca idade.

Impede, antes de adentrar à análise do tipo penal, observar o que dispõe a legislação, especificamente o artigo 217-A do CP, em que se tipifica o crime de estupro de vulnerável, objeto de nosso estudo, que traz a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Segundo classificação trazida por Nucci (2013, p. 993), o estupro de vulnerável é crime comum, pois não demanda sujeito ativo qualificado ou especial; delito material, pois exige um resultado naturalístico que consiste no cerceamento da liberdade sexual da vítima; praticado de forma livre por ser cometido através da prática de qualquer ato libidinoso; comissivo, pois constringer implica em uma ação do sujeito ativo; instantâneo, vez que seu resultado não se prolonga no tempo; de dano, pois consuma-se com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado; unissubjetivo, já que pode vir a ser praticado por um único agente; e, por fim, plurissubsistente, tendo em vista que vários atos integram sua conduta.

Importa observar que o tipo penal não reclama a violência ou grave ameaça como meios de sua execução. A vulnerabilidade reside na invalidade do consentimento da vítima (MASSON, 2018, p. 134).

Ainda, segundo Nucci (2008, p. 829 *apud* LARANJEIRA, 2014) a vulnerabilidade de que dispõe o artigo 217-A “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”

O estupro mediante violência presumida é o crime que se pratica contra alguém que não possa oferecer resistência, seja em face do seu estado mental ou físico. No que concerne à pouca idade da vítima, tal critério é estritamente biológico, ou seja, uma presunção de que seu discernimento é insuficiente para consentir ou entender o ato que é praticado.

O elemento subjetivo é o dolo específico, que exige obrigatoriamente uma finalidade libidinosa, com o objetivo de atender a uma vontade sexual. O tipo penal requer, ainda, que o agente tenha plena consciência sobre a condição da vítima, ou seja, basta que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e, ainda assim, mantenha com esta conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

O primeiro núcleo do tipo é “Ter conjunção carnal com menor de 14 anos”, o que é imprescindível que haja uma relação heterossexual, vez que precisará existir uma conjunção carnal entre o agente e a vítima. Segundo Fuhrer (2009, p. 177 *apud* SÁ, 2009, p. 10):

Conjunção carnal refere-se à introdução do pênis na vagina. A intromissão pode ser completa ou incompleta, pouco importa. Também é irrelevante que ocorra ou não a ejaculação. O coito chamado preambular ou vulvar não é conjunção carnal, mas constitui ato libidinoso diverso. O mesmo ocorre com a introdução do pênis na vagina construída cirurgicamente, em corpo masculino. Ato libidinoso é toda manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, *inter femura*, introdução de dedos ou objetos na vagina, no ânus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.). É fundamental que exista efetivo contato corporal com a vítima, sem o que, não há falar em estupro.

O segundo núcleo do tipo é “Praticar outro ato libidinoso”, resulta em manter ou desempenhar algum ato que seja revestido de conotação sexual, que segundo Masson (2018, p. 136) seria, por exemplo, “sexo oral, do sexo anal, dos toques íntimos, da introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, da masturbação etc.”

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu também a ocorrência do tipo penal nos casos em que houver contemplação lasciva sem que haja contato físico entre o agente e a vítima, pois a tutela da dignidade sexual abrange não só possíveis lesões de natureza física como também as de natureza psicológica.

Portanto, qualquer agente que mantiver qualquer outro ato libidinoso, inclusive contemplação lasciva, com alguém menor de 14 anos, o que inclui tanto as crianças até 12 anos quanto adolescentes maiores de 12 e menores de 14 anos, estará praticando o crime de estupro de vulnerável.

Vale ressaltar que já existe jurisprudência consolidada no que diz respeito a existência ou não de consentimento da vítima para a prática do ato sexual, vez que é dispensável para a caracterização do crime. Portanto, haverá estupro ainda que a criança ou adolescente queira manter qualquer tipo de relação sexual, pois para o Código Penal o menor de 14 anos não tem maturidade emocional suficiente para que consinta com uma prática sexual.

Nessa linha, perfilha-se o julgado do STJ no AgRg no REsp. 1472138, em harmonia com a súmula 593¹ do mesmo tribunal. O voto do Ministro Reynaldo Soares pontua com excelência que:

"[...] 1. Nesta Corte, firmou-se a orientação no sentido de ser absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma **que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável**. 2. Sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP. [...]" (Grifo nosso). (STJ. AgRg no REsp 1472138 GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.).

Aduz Nucci (2013, p. 989) que a modificação trazida pela Lei nº 12.015/09, eliminando a terminologia relativa à presunção de violência e inserindo o conceito de vulnerabilidade, não esgotou o debate quanto a presunção ser absoluta ou relativa. Perdeu-se uma oportunidade em que poderia haver uma equiparação com o que prevê o ECA, a partir daí a tutela do direito penal para crianças (menor de 12 anos) seria absoluta, não comportando relativização.

Em relação à natureza da ação penal, até o advento da Lei nº 12.015/09, os crimes que constavam entre os artigos 213 a 220 do CP procediam-se mediante queixa, com exceção do que trazia a antiga redação do art. 225, parágrafos 1º e 2º, pois havendo emprego de violência

¹ “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.” (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

real ou lesão corporal grave ou morte a ação passaria a ser incondicionada (MASSON, 2018, p.110).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, ocorresse emprego de violência real, lesão corporal grave ou até morte a ação seria pública condicionada à representação, com exceção para os casos em que a vítima fosse menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Em regra, a competência para o processar e julgar os crimes sexuais contra vulneráveis, bem como também vítimas menores de 18 anos de idade, pertence à Justiça Penal. No entanto, Masson (2018, p. 132) pontua que:

Entretanto, leis estaduais podem conferir tal prerrogativa à Justiça da Infância e da Juventude. Na visão do Superior Tribunal de Justiça: Lei estadual pode conferir poderes ao Conselho da Magistratura para, excepcionalmente, atribuir aos Juizados da Infância e da Juventude competência para processar e julgar crimes contra a dignidade sexual em que figurem como vítimas crianças ou adolescentes. Embora haja precedentes do STJ em sentido contrário, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, é de se seguir o entendimento assentado nas duas Turmas do 1.3.2. (a) (b) (c) (d) 1.3.3. 1.3.4. 1.3.4.1. STF no sentido de ser possível atribuir à Justiça da Infância e da Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes. (Precedentes citados do STF: HC 113.102-RS, Primeira Turma, DJe 18/2/2013; e HC 113.018-RS, Segunda Turma, DJe 14/11/2013. 65).

O tipo penal em análise diverge opiniões. Quanto ao termo “vulnerável”, se insurgem NUCCI *et. al.* (2010, p. 77 *apud* Freitas, 2015) ao asseverar que, nos casos de estupro, o critério etário se sobrepõe a todos os demais, considerando sua imaturidade, incapacidade mental e física de autodeliberar-se para a prática de um ato sexual. Sustenta que o legislador embasou o critério de vulnerabilidade esquecendo de atualizá-lo às novas fontes de informação e de maturidade que crianças e adolescentes detêm na atualidade, pois:

[...] é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que aceleram o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Outro ponto de discordância seria a Exceção de Romeu e Julieta, que consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre as vítimas fosse igual ou menor a cinco anos, pois haveria uma equivalência de descobertas da sexualidade. Com base na obra literária de William Shakespeare, alguns Estados norte-americanos desenvolveram as

Romeo and Juliet laws, normas pelas quais a vulnerabilidade dos menores de 14 anos pode ser relativizada em caso de pequena diferença de idade, de até 5 anos, entre os envolvidos no ato de natureza sexual. Nesse contexto, estaria afastado o estupro de vulnerável quando o agente contasse com 18 anos – maior de idade e imputável, e a vítima com 13 anos de idade. Filiando-se ao que leciona MASSON (2018, p.140), essa teoria não pode ser aceita aqui no Brasil, pois o critério da vulnerabilidade etária, de ordem objetiva, não comporta qualquer tipo de flexibilização. No entanto, há quem entenda que haveria o estupro bilateral, nesse caso.

3 PROVA NO PROCESSO PENAL

Vistos os aspectos gerais do crime de estupro de vulnerável, cabe analisar a problemática relativa à prova desse tipo de delito.

3.1 Conceito

Antes de qualquer coisa, é preciso conceituar o instituto. Nos ensinamentos de Nucci (2012, p. 293 *apud* AVENA, 2018, p.537) “o termo prova deriva do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.”

O processo tem por objetivo primordial fazer uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que, a partir desse manancial probatório, o julgador possa formar seu convencimento através da instrução processual.

Não há dúvidas de que:

[...] a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 613).

O objeto da prova são os fatos, circunstâncias relevantes para que o juiz forme sua convicção e julgue acerca do ocorrido. Segundo ensinamentos de Mirabete (2007, p. 237 *apud* FARHAT, 2008, p. 21):

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é objeto da prova, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influenciar na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança.

A prova pressupõe procedimento contraditório que, em regra, é produzida durante o curso do processo e perante o magistrado. Quando produzida antes do processo ou sem que se tenha oportunizado a insurgência do interessado, exigirá seu contraditório posteriormente. Oportunizado o contraditório ou após ser colhida, ela pode ser subdividida em “contraditório real, quando as partes participam da produção da prova (Exemplo: prova testemunhal), e diferido, quando a prova já colhida e sem a participação das partes, ensejaria um posterior debate sobre ela.” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 614).

Quanto à natureza jurídica, a “prova é de direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos. O direito à prova nada mais é do que um desdobramento do direito de ação e de defesa. Volta-se tanto ao acusador quanto à defesa.” (LORDELO, 2015, p. 1).

O destinatário direto da prova é o juiz, que formará seu convencimento por tudo que vier a ser trazido aos autos e que seja pertinente para seu convencimento e para a elucidação do caso. É bem verdade que as partes também são destinatárias da prova, mas de maneira indireta, tendo em vista que também serão convencidas ou não sobre o que fora colhido durante a instrução probatória. No entanto, as normas atinentes à prova são de natureza processual.

Por fim, no que se refere ao objeto da prova aqui discutida, apontam Távora e Alencar (2016, p. 616) que existem diferenças entre o objeto da prova e o objeto de prova, o que demonstra a existência de uma dicotomia entre os fatos relevantes a serem analisados pelo magistrado e o que é pertinente de ser provado. Ou seja, o objeto da prova são os fatos relevantes, pois o réu se defende dos fatos, e não da tipificação jurídica dada a estes. propriamente dito, pois o réu defende-se dos fatos que lhe são imputados. Já o objeto de prova diz respeito ao que é pertinente a ser provado ou que se precisa provar.

3.2 Finalidade

A prova se presta, essencialmente, em ajudar na formação da opinião do juiz ou tribunal a respeito da existência ou inexistência de determinado fato criminoso, tudo isso com total observância do princípio da dignidade da pessoa humana e legalidade, além do contraditório e ampla defesa, ressalvadas excepcionalidades da fase investigatória. Durante o decurso do processo e na fase pré-processual, uma prova bem constituída poderá ser decisiva para que sejam dirimidas dúvidas acerca da autoria e materialidade do crime cometido. Segundo ensinamentos de Pacelli (2017, p. 174):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Assim, por mais difícil que seja reconstruir a realidade e por mais improvável que seja uma reprodução fiel, esse é um compromisso inerente à prova dentro do processo e de toda sua

finalidade na elucidação do ocorrido. O que se busca construir é uma verdade judicial sobre a qual incidirá a coisa julgada.

Nesse sentido, segundo leciona Mirabete (2007, p. 249, *apud* AVENA, 2018, p. 538):

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Importa ressaltar que somente não se prestam a ser provados os fatos considerados evidentes, fatos notórios, presunções legais e fatos inúteis ao processo.

Inegável a importância dessa construção ao longo do processo penal, no entanto, o objetivo em se chegar na verdade ideal à elucidação dos fatos encontra óbice no limite definido constitucionalmente: a preservação às garantias individuais e o respeito aos direitos, que implicam diretamente na inadmissibilidade da obtenção de provas de forma ilícita.

O Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, previsto no art. 93, IX da CF e art. 155, *caput*, do CPP, norteia nosso sistema no que se refere às provas, ou seja:

A liberdade do julgador lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. Não existe hierarquia entre as provas, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 650).

O juiz está livre para decidir ante as provas que lhe são apresentadas, desde que sempre motive suas decisões. Dentro desse sistema, muito embora seja a prova um direito do réu, nada impede que o juiz faça um exame da pertinência ou não daquela prova para o processo e, assim, rejeite pedidos manifestamente protelatórios.

3.3 Particularidades da Prova Oral

O Código de Processo Penal não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis, o que permite a utilização de meios não disciplinados em lei, mas que não afrontem o ordenamento jurídico e nem sejam repudiados moralmente perante a sociedade. A liberdade probatória é a regra e suas limitações estão dispostas no campo da exceção. Para tanto, sintetizam Távora e Alencar (2016, p. 623) que “os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação de convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.”

A prova oral, consistente na oitiva de testemunhas e declarantes, é um dos principais instrumentos de busca da reconstrução dos fatos no processo penal. A vítima se enquadra como declarante. Desse modo, no caso da vítima, por não ser tratada como testemunha não responderá por falso testemunho, caso minta durante sua inquirição, mas por denúncia caluniosa prevista no art. 339 do CP. O ofendido, sempre que possível, deve ser ouvido, o que implicará em nulidade relativa, caso não ocorra. O conteúdo do que é declarado pela vítima deve sempre ser visto com cautela. Contudo, no caso de crimes sexuais, ressaltam Távora e Alencar (2016, p. 707) que “em face de sua pouca visibilidade e por falta muitas vezes de testemunhas que presenciem o fato, as declarações das vítimas tomam notada relevância.”

A Lei nº 11.690/08 trouxe uma nova roupagem no que se refere ao tratamento dado à vítima, que não deve ser vista apenas como um meio de prova, mas como um ser humano que merece ter resguardado seus direitos fundamentais. O art. 201, §6º da mesma lei é taxativo ao disciplinar as garantias que a vítima detém durante a apuração do crime, tendo sua vida privada, intimidade, honra e imagem resguardadas, além de também lhe ser assegurado o mínimo contato com seu agressor.

3.4 Importância das Declarações da Vítima nos Delitos Sexuais

Inegável as complexidades e as peculiaridades que traz o crime de estupro de vulnerável, especialmente por eventual demora em sua notificação à autoridade policial e por falta de testemunhas, na maioria dos casos. A prova para tal crime é difícil de se obter e a sua demora pode ensejar em prejuízo potencial à persecução penal, principalmente sob pena de perda de potenciais evidências de sua ocorrência.

Os casos, por exemplo, de estupro por cometimento de algum ato libidinoso, seja sexo oral ou até beijos lascivos, são de difícil comprovação mediante exame de corpo de delito. Ante esse contexto, pontuam Nucci (2011, p. 68, *apud* DIAS; JOAQUIM, 2013, p. 05):

Nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da perícia. Ressalte-se, ainda, os casos em que ocorrem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como um beijo lascivo forçado, imune a exames periciais.

Pode existir casos em que a prova pericial deva ser descartada em virtude de sua realização causar um dano ainda maior à vítima, pois poderá ter sua dignidade sexual novamente invadida. Sendo constatada tal hipótese, a regra do art. 167 do Código de Processo

Penal (CPP) deverá ser aplicada, pois “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

Importante ponderar, ainda, que poderá haver um conflito natural entre o que ocorreu e o que efetivamente a vítima consegue recordar, ante o lapso temporal entre o curso do processo e a data em que ocorreu o fato. Nesse sentido, pondera Pacelli (2016, p. 414-415 *apud* OLIVEIRA, 2018):

Todo depoimento é uma manifestação de conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado. [...] Muitas vezes prolongamento das investigações criminais e do próprio curso da ação penal impedirá uma atuação mais eficaz da memória do depoimento, com o que a sua convicção da realidade dos fatos apurados já não será tão segura. Por fim, no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha.

A problemática trazida à tona de forma pontual neste capítulo e, como bem pontuam Malatesta (2003, p. 435, *apud* DIAS; JOAQUIM, 2013, p. 8-9):

Todos compreendem que todos estes detalhes, por falta de calma na observação, não podem ser exatamente percebidos no momento do delito e, por isso, as semelhanças podem facilmente converter-se em identidade, aos olhos do ofendido e seu engano nos reconhecimentos pode levar a justiça penal a deploráveis erros.

Por isso, a palavra isolada da vítima pode ser tão nociva quanto uma confissão do próprio réu, o que reclama ser analisada conjunta e harmonicamente com outros elementos trazidos ao processo.

Nos últimos anos e ante toda a dificuldade probatória que circunda os crimes sexuais, especialmente o estupro de vulnerável, via de regra, a palavra da vítima pode ter valor probatório relativo, o que implica ser analisada e ponderada na comprovação de crimes sexuais em respeito a um dos princípios norteadores da produção probatória que é o contraditório. No entanto, ante as dificuldades probatórias de que se reveste tais crimes, a jurisprudência tem dado relevância ao depoimento da vítima. É o que se extrai do voto do relator Marcus Basílio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de apelação:

Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, ainda que de pouca idade, **tem especial relevância probatória**, ainda mais quando harmônica com o conjunto fático-probatório. A violência sexual contra criança, que geralmente é praticado por pessoas próximas a ela, tende a ocultar-se atrás de um segredo familiar, no qual a vítima não revela seu sofrimento por medo ou pela vontade de manter o equilíbrio familiar. As consequências desse delito são nefastas para a criança, que ainda se apresenta como indivíduo em formação, gerando sequelas por toda a vida (Grifo nosso). (TJRJ. Ap. 0009186-56.2012.8.19.0023/RJ, 1º C.C., rel. Marcus Basilio, 24.04.2013).

Em recente julgado, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça da Paraíba alinhou seu entendimento ao de outros tribunais no que diz respeito à importância dada a palavra da vítima em crimes sexuais:

PENAL. Apelação criminal. Crime sexual. Estupro de vulnerável. Prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Crime continuado. Declarações das vítimas prestadas com coerência, harmonia e lógica razoáveis. Credibilidade. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação inafastável. Pedido alternativo. Dosimetria. Redimensionamento da pena-base. Provimento parcial. - **Por se tratar de crime sexual contra vulnerável, deve-se atribuir especial credibilidade às declarações prestadas pela ofendida, máxime quando estas se apresentam firmes e coerentes com a dinâmica dos fatos e com os testemunhos colhidos em juízo**; - Expressões genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem ser considerados para a valoração negativa das circunstâncias judiciais. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00076092220148150011, Câmara Especializada Criminal, Relator DES LUIZ SILVIO R. JUNIOR. Julgado em 27/10/2015.) (Grifo nosso).

Impende ressaltar a complexidade que envolve a apuração de crimes como o estupro de vulnerável. Há um alinhamento das jurisprudências de alguns Tribunais, como os que foram mencionados acima, no sentido de valorarem com maior predominância a palavra das vítimas em seus depoimentos. Ante essa perspectiva, suscitaremos as dificuldades em relação a esse tipo de consideração. Diversas problemáticas permeiam a oitiva de crianças e adolescentes, o que acabam por interferir na qualidade das provas amealhadas durante a fase instrutória do processo.

3.5 Problemática Inerente à Oitiva de Crianças e Adolescentes no Processo Penal

Nos últimos anos, o tema abordado em nosso estudo vem tomando importância e proporções consideráveis no que tange ao acesso à informação, aparato normativo e notificação de novos casos, principalmente em relação a crianças e adolescentes. No entanto, pontuais ganhos não diminuem a complexidade com que o Judiciário precisa revestir-se para que consiga

apurar de forma consistente tais crimes, especialmente no que se refere ao momento de inquirição infanto-juvenil.

Incontestável a importância do depoimento da vítima no tocante aos crimes sexuais e quão relevante torna-se para decisões judiciais, tendo em vista que, em boa parte dos casos, as provas periciais perdem sua eficácia pelo decurso do tempo ou porque nenhum vestígio efetivamente foi deixado, como já pontuado anteriormente. Ante esse quadro, tendo em vista a pouca idade da vítima e a gravidade do crime praticado, os integrantes do sistema de justiça devem gozar de capacidade mínima ao lidar com questões que estão adjacentes à persecução penal, mas que influenciarão diretamente no depoimento da vítima, como sua questão emocional, por exemplo.

O juiz, na maioria das vezes, não está preparado para a condução do ato, conforme aduz Balbinotti (2009, p. 7):

Pode ocasionar danos psicológicos ao inquirido, que resultam ser até mais prejudiciais que o próprio abuso sexual sofrido. Se conduzir a oitiva da vítima-infantil de abuso sexual da mesma forma que procede aos demais crimes, não conseguirá penetrar no universo desta criança.

Outro problema pontuado pela autora diz respeito ao ambiente de inquirição dessas vítimas:

As salas de audiências são ambientes frios e formais, planejadas fisicamente com o objetivo de mostrar a subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha; em alguns casos, o depoente depara-se com seu abusador no interior do recinto ou mesmo no corredor, antes de encontrar o juiz; no momento da inquirição, há muitas pessoas presentes, todas estranhas à criança, voltadas a cumprir seu papel burocrático. Diante de tais condições, **é comum que as vítimas fiquem amedrontadas, não consigam falar, chorem, declarem versões superficiais ou incoerentes, evidenciando-se, com isso, a falência do atual sistema de coleta de testemunhos, principalmente nestes casos tão peculiares** (BALBINOTTI, 2009, p. 12, grifo nosso).

Romper o silêncio que permeia a criança ou o adolescente não é tarefa das mais fáceis, exige-se perícia e treinamento para tanto. Dentre os requisitos necessários para que se compreenda a dinâmica do abuso sexual faz-se necessário noções sobre a síndrome do segredo, posicionamento adequado, físico e emocional diante da criança, para alcançar-lhe a confiança, permissão para revelar a história vivida, utilizando-se da mesma linguagem do entrevistado, inclusive aproveitando as entrelinhas da conversa realizada.

Geralmente, as oitivas realizadas comumente em varas criminais têm por objetivo em sua essência produzir provas acerca da autoria e materialidade do delito, o que, em sua maioria, ignora a condição peculiar de um ser humano ainda em formação física e psicológica que está na condição de vítima.

Nesse mesmo sentido pontua Azambuja (2006, p. 435, *apud* BALBINOTTI, 2009, p. 9) que há um deslocamento dessa responsabilidade para a criança “para a qual não se encontra preparada, devido a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento ou, ainda, nos termos da Convenção, em razão de sua imaturidade física, cognitiva e psicossocial.”

Uma problemática relevante e que não é incomum, principalmente em crianças e adolescentes, é uma possível confusão entre recordações e falsas memórias, que podem advir de questionamentos inadequados feitos por quem não detém o conhecimento ou treinamento suficientes para esse tipo de abordagem, o que pode vir a prejudicar potencialmente a confiabilidade da palavra da vítima.

Adentrar ao universo infantil ao realizar essas inquirições também é um ponto crucial para que a criança demonstre confiança no profissional e relate o ocorrido. A utilização de uma linguagem correta para conversar com a vítima é essencial, inclusive, para diminuir a dificuldade natural que se tem em confiar em um adulto, tendo em vista que estes a fazem rememorar um episódio traumático ocorrido. Quebrar a barreira que o silêncio imprime a essas crianças e adolescentes, muitas vezes fomentado pela própria família ou pela sensação de culpa pelo ocorrido, torna-se uma tarefa árdua e minuciosa, tendo em vista a pressão psicológica interna ou externa que sofrem para não externar o que de fato ocorreu.

O profissional que participa ativamente do depoimento especial de crianças e adolescentes deve ter conhecimento sobre psicologia e sobre a dinâmica do abuso sexual “para que assim consiga ouvir a criança sem infringir nela novos danos, obtendo relatos aptos servirem como prova para a condenação” (DOBKE, 2001, p. 91, *apud* FELIX, p. 10). Além disso, o profissional deve demonstrar habilidade de ouvir, ter empatia e demonstrar disposição de conversar com a vítima, conhecendo sua realidade, deixando-a à vontade durante o procedimento.

No momento de inquirição da vítima a forma como são formuladas as perguntas pode sugerir uma possível resposta, o que não é o objetivo do depoimento especial. É preciso que o profissional conheça as nuances do processo e saiba as peculiaridades de abordagem que cada criança apresenta, seja pela sua própria personalidade ou pela situação em que se encontre naquele momento.

4 DEPOIMENTO ESPECIAL: CONTORNOS HISTÓRICOS E PRÁTICOS

4.1 Conceito

A técnica do “depoimento especial” é um tipo de inquirição judicial especializada realizada com crianças e adolescentes vítimas de violência, feita pelo Poder Judiciário do Brasil.

Segundo conceito trazido pela Desembargadora Maria Isabel de Matos Rocha, em trabalho recentemente publicado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

Trata-se de uma técnica especializada para colher o depoimento de crianças e adolescentes vítimas, em audiências judiciais de processos que em maioria envolvem atos de violência de gênero e de cunho sexual, onde a vulnerabilidade das vítimas justifica uma oitiva especializada, visando reduzir o sofrimento e os danos psicológicos desses depoentes, assim com o gerar prova mais segura para a responsabilização dos agressores. (Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf>).

Há, atualmente, como bem pontua Oliva (2009, p. 23 *apud* HOFFMEISTER, 2012, p. 34), um trabalho realizado em rede pelos órgãos de proteção à criança e ao adolescente, e que envolve “Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Ministério Público, Varas da Infância e Juventude, Delegacias de Defesa da Criança e do Adolescente, Organizações Não Governamentais.”. Todos interligados com o objetivo de resguardar direitos fundamentais e assuntos relacionados a crianças e adolescentes.

Além desse trabalho realizado em rede, o Projeto de Lei do Depoimento Especial tinha como uma de suas bases fundamentais o artigo 12º da Convenção Internacional² sobre os Direitos da Criança. Esse artigo contempla o direito de a criança ser ouvida nos processos judiciais, seja sendo vítima ou testemunha, de forma direta ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado.

² “Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” (Art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança – Decreto nº 99.710/90).

Em suma, a técnica aqui conceituada é dividida de forma dinâmica e sequenciada em três etapas que consistem especificamente no acolhimento inicial, no depoimento ou inquirição e no acolhimento final e encaminhamentos. (FURNISS, 1993, p. 193 *apud* FELIX, p. 3).

4.2 Evolução Histórica no Brasil

A implantação de métodos alternativos para inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual teve início no Canadá, Israel e Estados Unidos, ainda na década de 1980. A implantação dessa nova técnica se deu de maneira lenta até meados dos anos 2000, mas encontra-se implantada, atualmente, em 25 países. A Argentina, país correspondente da América do Sul, foi precursor na implementação da técnica, com legislação datada de 2004. (MORARI; GUEDES; HUNDERTMARCKPOMPÉO, 2014, p. 8).

A técnica, quando implantada, tem como um de seus objetivos fundamentais ouvir a vítima o menos possível. Como ressaltam Morari, Guedes e HundertmarckPompéo (2014, p. 8), o Brasil faz parte da metade dos países que ainda necessitam proceder à oitiva de crianças e adolescentes em mais de uma oportunidade, dentre as fases investigativa e do próprio processo penal.

A apuração dos crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes tem por objetivo apurar o crime cometido e punir o abusador, sempre que possível. No entanto, quando se tratam de vítimas nessa condição de peculiar desenvolvimento, também se busca um meio que não amplie danos ou traumas que já tenha sofrido. Ante à problemática e com o intuito de preservar a vítima, surge o que é chamado “Depoimento Sem Dano”, originalmente.

O projeto intitulado Depoimento sem dano foi idealizado pelo então magistrado José Daltoé Cezar, quando atuava no Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2003. A iniciativa surgiu, segundo seu próprio relato, depois de ouvir o depoimento impactante de uma criança abusada sexualmente por um adolescente, em uma audiência judicial realizada na forma tradicional.

Ante essa realidade, decidiu que algo deveria ser feito e teve a iniciativa de utilizar câmeras de segurança e um microfone instalados em uma sala vizinha a de realização de audiências. Além da inquirição das vítimas passar a ser realizada em local reservado, passou-se a ser feita por uma psicóloga, segundo relato do próprio magistrado, em entrevista veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³.

³ CNJ. Depoimento Especial surgiu por iniciativa de magistrados gaúchos, 09/04/2017.

No ano seguinte, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado distribuiu equipamentos para os 10 Juizados Regionais da Infância e Juventude que existiam. Quase quinze anos depois, em 2017, o Judiciário instalou 45 salas de Depoimento Especial nas Comarcas do Rio Grande do Sul, com previsão de mais 134 unidades para o ano de 2018.

A proposta de alteração legislativa elaborada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) em 2004, através do Projeto de Lei 4.126, abordou o tratamento invasivo na realização de laudo médico-pericial como também minimizar possíveis sequelas na inquirição de crianças e adolescentes. Em síntese, previa-se acrescentar o art.161-A ao Código de Processo Penal para prever regras à realização de laudo pericial e psicossocial nos crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente.

Já no ano de 2005, o Projeto de Lei 5.329, pelo Deputado Federal do PT/RS, Paulo Pimenta, objetivava acrescentar parágrafos ao artigo 201 do Código de Processo Penal, que versavam sobre oitiva do ofendido. A dispensa da oitiva da criança ou adolescente, quando existentes no processo laudo de profissional atestando a versão da vítima sobre o crime, concentrava-se o cerne da discussão.

Somente em outubro de 2006, a metodologia do Depoimento sem Dano viria a ser abordada pelos parlamentares, especificamente pela Deputada Federal Maria do Rosário em seu Projeto de Lei nº 7.524. Sugeriu-se, portanto, que crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais fossem ouvidos através da metodologia iniciada pelo magistrado José Antônio Daltoé.

Objetivava-se a regulamentação em todo o território nacional, acrescentando o Capítulo IV-A ao Código de Processo Penal. Segundo Balbinotti (2009, p. 14) “[...]. Tratava-se de texto pormenorizado sobre a postura a ser seguida em casos de vítimas de abuso sexual menores de idade.”.

Segundo Brasil (2007 *apud* MORARI;GUEDES;HUNDERTMARCKPOMPÉO, 2014, p. 9), o Projeto de Lei nº 35 de 2007, de iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual, objetivava acrescentar à Seção VIII ao Capítulo III da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) um dispositivo legal em que contemplasse a inquirição de testemunhas e produção antecipada de provas nos casos de crimes praticados contra a dignidade sexual com vítimas ou testemunhas na condição de criança ou adolescente.

O Projeto de Lei nº 35 concentrava maior polêmica no ponto em que tratava sobre a intermediação de um psicóloga nas perguntas formuladas pelas partes no processo. A vedação trazida pela Resolução nº 10/2010 do Conselho Federal de Psicologia ao papel inquiridor do psicólogo no atendimento de Crianças e Adolescentes em situação de violência era uma delas.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação 33/2010⁴ para estimular a criação pelos Tribunais de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Visava, sobretudo, implementar um sistema de depoimento videogravado, realizado em ambiente separado da sala de audiência e com um profissional capacitado para atuar nessas situações.

Por fim, a Lei nº 13.431 de 4 de abril de 2017 abordou enfaticamente a necessária integração entre o sistema de justiça criminal e a rede proteção à criança e ao adolescente. A doutrina da proteção integral preceitua, em inteira consonância com o texto constitucional, direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e garantias específicas a esse público pela sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, favorecendo uma atuação articulada entre a rede de proteção e a justiça criminal.

Importa complementar que o art. 699 da Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil - despontou como pioneira na lei processual, ao trazer previsão sobre a escuta ser realizada por um especialista nos casos de abuso sexual, psicológico e emocional, além de fazer referência à alienação parental (PÖTTER, 2019, p.26).

A linearidade e as particularidades históricas traçadas até aqui demonstram que não existiam normas procedimentais específicas para a escuta de crianças e adolescentes, ao passo em que se faz imperioso constatar que sempre foram vítimas históricas de abusos no geral. As normas disciplinadas em caráter universal, ou seja, as mesmas para adultos e crianças ou adolescentes iam de encontro com todas as diretrizes constitucionalmente estabelecidas, além de não privilegiar direitos fundamentais como seres humanos.

4.3 Síntese do Procedimento

A técnica implementada através do Depoimento sem Dano, hoje intitulado de Depoimento Especial, obteve sua obrigatoriedade e normatização através da Lei nº 13.431/2017. Essa inovação legislativa possibilitou perceber a insuficiência de conhecimentos teóricos suficientes para que magistrados sozinhos realizassem a inquirição de crianças e adolescentes, além de ter uma abordagem centrada na criança e em sua família.

Segundo leciona Pötter (2019, p. 34), a Escuta Protegida é gênero dos quais a Escuta Especializada e o Depoimento Especial são espécies. A primeira é encontrada no art. 7º e é a escuta realizada na Rede de Proteção, uma escuta limitada ao estritamente necessário. Já o

⁴ CNJ. Atos Administrativos. Publicada no DJ-e nº 215/2010, em 25/11/2010, pág. 33-34.

segundo, objeto do nosso estudo, é encontrado no art. 8º e ocorre perante a autoridade policial e judicial. A escuta é feita em um ambiente acolhedor, com um protocolo de entrevista e por um profissional habilitado para tanto.

O Depoimento Especial seguirá o rito cautelar de antecipação de provas nos casos em que a criança tenha menos de sete anos de idade e de ter sido vítima de violência sexual, bullying, alienação parental, quando for testemunha. Todo esse procedimento converge para um único objetivo: fazer com que a vítima ou testemunha seja ouvida apenas uma única vez.

A metodologia empregada pelo Depoimento Especial tem por base as seguintes diretrizes fundamentais:

[...] a redução de vezes que a criança/adolescente testemunha; um espaço acolhedor e amigável; a existência de uma equipe multidisciplinar treinada em entrevista forense com crianças; a gravação da entrevista com o objetivo de apensá-la ao processo. (PÖTTER, 2019, p. 35).

O art. 12 da Lei nº 13.431/17 nos traz, pormenorizadamente, como se desenvolverá o procedimento de inquirição. Ocorrerá a intimação do responsável da criança ou adolescente para que compareçam à audiência, oportunidade em que “o menor e a pessoa de sua confiança serão acolhidos pelo técnico que explicará todo o procedimento.” (CEZAR, 2007, p. 68 *apud* FELIX, p. 3).

Explica, em seguida, que esse acolhimento inicial visa evitar um possível encontro da criança com o suposto autor do delito, o que pode comprometer potencialmente o depoimento da vítima. Este procedimento encontra respaldo no art. 12, §3º da Lei ao prever a possibilidade de que o autor do fato permaneça distante da sala onde ocorrerá o depoimento.

Nesse mesmo momento inicial também se constrói um *rapport*, que em suma tem o objetivo de conhecer o desenvolvimento cognitivo e emocional da vítima. Sobre o *rapport* acrescenta Tabajaski; Paiva; Visnievski (2010, p. 65 *apud* AZEVEDO, 2013, p. 34) que:

Nesta etapa de *rapport* também é possível atualizar alguns dados da história da criança ou de seu grupo familiar. Outro dado importante, a partir das informações sobre a situação em que se encontra a criança, é que torna possível fazer um protocolo mínimo com o Juiz antes da audiência e, com isso, fazer algumas combinações prévias a respeito da criança e de suas condições para depor. Caso seja identificada alguma contraindicação para sua oitiva é o momento de fazer esta referência.

O próximo passo se dá pela oitiva propriamente dita, que ocorrerá na fase instrutória do processo. O depoimento ocorrerá com a intermediação de um profissional, psicólogo ou

assistente social, que tem como missão principal tornar as perguntas inteligíveis à vítima. Todo o depoimento será gravado em um CD, anexado aos autos e permitindo com que “os julgadores de segundo grau, em havendo recurso, tenham acesso às emoções do infante durante a declaração, fato esse que nunca seria possível transferir para um papel.” (CEZAR, 2007, p. 62 *apud* FELIX, p. 4).

Insta atentar, segundo Pötter (2019, p. 35), que a criança será informada sobre seus direitos e procedimentos que serão adotados, sendo vedada a leitura da denúncia ou outros documentos atinentes ao processo. Além disso, lhe é assegurada a livre narrativa sobre os fatos e, após isso, serão feitas perguntas que serão adaptadas à linguagem da criança e do adolescente com o objetivo de facilitar sua compreensão e protegê-la de questionamentos sugestionáveis, constrangedores ou inadequados.

Obter informações de como ocorreu o abuso sexual é tarefa difícil, especialmente nos casos de estupro de vulnerável, em que as vítimas são crianças ou adolescentes. A psicologia do testemunho trouxe alguns aspectos que devem ser observados nesse tipo de inquirição, como bem pontua Pisa (2007, p. 470 *apud* BALBINOTTI, 2009, p. 9) há um maior aproveitamento do depoimento quando o profissional “[...] utilizar voz ativa, palavras e frases simples, evitar duplos negativos e perguntas múltiplas, bem como prestar atenção se a criança compreendeu a pergunta.”.

Inicialmente, o profissional estabelecerá um ponto de confiança com a criança que será ouvida, desenvolvendo uma conversa mais amena, sobre outros assuntos. Segundo a autora, é nesse momento será observado o “grau de maturidade” e o seu “grau de compreensão” sobre tudo o que ocorreu. (BALBINOTTI, 2009, p. 9). Nesse mesmo momento, também, serão feitas perguntas à criança do tipo: “O sapato que você está usando é azul?” ou “A blusa que estou usando é vermelha?”. A partir dessas perguntas e das respostas da criança, o profissional poderá aferir se ela demonstra saber o significado de mentira e de verdade, essencial para que perguntas sobre o próprio fato venham a ser feitas.

Esse tipo de abordagem à criança demonstra que ela não será apenas um meio de prova dentro do processo em que se apura o delito, mas um sujeito de direitos. O depoimento especial encerra apenas uma fase dentre toda a sucessão de atos que compõem a proteção infanto-juvenil. Encerrada a inquirição, ressalva Cezar (2007, p. 77 *apud* FELIX, p. 4) que a criança passará por uma avaliação do profissional que a escutou para que seja analisada a necessidade de um possível encaminhamento à rede de proteção.

Essa forma acolhedora de escuta proporciona uma humanização do procedimento, principalmente pela técnica empregada, a “Entrevista Cognitiva Adaptada”, proporcionando

um tratamento adequado à sua condição de pessoa ainda em desenvolvimento. (PÖTTER, 2019, p. 40). Conjuntamente, foi desenvolvido o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense⁵, uma adaptação ao desenvolvido pela *National Children's Advocacy Center* – NCAC, buscando-se evitar um constrangimento, perguntas sugestivas e estabelecer confiança entre a vítima e o profissional.

Constatam Hershkowitz, Lanes e Lamb (2007 *apud* SCHAEFER; MIELE, 2019, p. 99) que:

A investigação científica na área da psicologia do testemunho tem demonstrado que a entrevista forense realizada com crianças e adolescentes a partir de protocolos estruturados e testados empiricamente aumenta significativamente a probabilidade de revelação da situação abusiva.

Dentro dessa sistemática faz-se necessário desenvolver competências para que o profissional atue no Depoimento Especial, dentre elas entender o desenvolvimento infantil e a sexualidade; os conceitos de violência física, sexual, psicológica e institucional; funcionamento da memória; protocolo de entrevista; e as previsões normativas existentes no país. (HOFFMEISTER, 2019, p. 120).

4.4 Inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017

O sistema de proteção integral da criança e do adolescente encontra-se bem consolidado materialmente em nosso ordenamento, especialmente pela previsão constitucional e pelo ECA. No entanto, percebeu-se ao longo dos anos que não existiam mecanismos previstos na legislação processual para a inquirição desse público tão específico, seja como vítima ou testemunha de algum delito.

O ECA prevê em seus artigos 86 e 87 uma política de atendimento através de um conjunto articulado de ações dos três entes federativos, desenvolvendo, por exemplo, como uma das linhas de atendimento os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão. É dentro desse contexto que surge a Lei nº 13.431/17.

⁵ Protocolo apresentado no I seminário nacional sobre protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência sexual na Escola Paulista da Magistratura em 2016.” (Nota de rodapé trazida no livro *A ESCUTA PROTEGIDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: Os desafios da implantação da Lei nº 13.431/17*).

Antes mesmo dessa inovação legislativa, como bem ressaltam Valsani e Matosinhos (2018, p. 9), a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, em seu art. 12, § 2º já previa a relevância da escuta e da opinião da criança. O Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança no ano de 2000 previa a necessidade de sua proteção em todos os processos criminais. Antes mesmo da edição da lei, Tribunais de Justiça do Brasil já se adaptavam à Recomendação nº 33/2010 do CNJ. No entanto, mesmo já existindo a prática dessas ações de escuta protegida, havia necessidade de se normatizar e organizar o sistema de garantia de direitos, o que ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.431/17.

Adentrando às inovações trazidas pela legislação em comento, podemos perceber que o art. 4º, inciso II, alínea “a” trouxe formas de violência psicológica, como o *bullying* e a alienação parental, temas extremamente sérios e atuais, que afetam a integridade psicológica e emocional da vítima.

O inciso IV do mesmo artigo não só traz uma inovação, como também encontra íntima ligação com o que se discute neste trabalho, quando prevê o instituto da violência institucional, praticada, dentre outros, por instituições como o Judiciário. Valsani e Matosinhos (2018, p. 13) lecionam que:

Aqui, a violência é praticada justamente por quem tem a atribuição de defesa dos interesses dos menores, mas que, em razão da falta de técnica, acaba gerando a revitimização, que ocorre quando a vítima ou a testemunha são arguidas de maneira que as façam reviver os traumas experimentados no momento do crime, trazendo novamente os sentimentos de angústia e de sofrimento.

Embora o ECA já trouxesse a previsão de medidas protetivas para crianças e adolescentes em relação ao seu ofensor, a previsão trazida na Lei nº 13.431/17 trouxe mais segurança jurídica ao normatizar a possibilidade de pleitear por meio de seu representante legal eventuais medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Maria da Penha.

Prevê, ainda, os institutos da Escuta Especializada e do Depoimento especial, sendo este último o principal motivo do presente estudo. O primeiro ocorrerá, como já dito anteriormente, de forma extrajudicial, perante órgão pertencente à rede de proteção da criança e do adolescente. O segundo será realizado perante autoridade policial e judicial, sendo utilizado como prova no processo e que seja realizado apenas uma única vez, ressalvada a imprescindibilidade de nova escuta. (VALSANI; MATOSINHOS, 2018, p. 17).

4.5 Proposta de disciplina legal no Projeto do Novo Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal (CPP) que está em vigência atualmente no Brasil (Lei nº 3.689/41) não prevê, especificamente, em nenhum de seus dispositivos o instituto do Depoimento Especial. O Capítulo V do mesmo diploma prevê apenas a possibilidade de a vítima ser inquirida em espaço reservado, seu encaminhamento para tratamento multidisciplinar e preservação sua honra e imagem, inclusive com o segredo de justiça.

O art. 217 do CPP prevê, no caso de testemunhas, que contem com a possibilidade de seu depoimento ser feito por videoconferência ou a retirada do réu do ambiente em que será inquirida. Todas essas previsões demonstram o caráter geral com que tratam o tema, tendo em vista que na atual legislação não são feitas diferenciações importantes no caso da vítima ser uma criança, por exemplo.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, que se tornou a PL 8.045 de 2010 (Novo Código de Processo Penal), após distribuição na Câmara dos Deputados, tende a mudar um pouco essa realidade, impulsionado pela ampla implantação desse tipo de inquirição nos mais diversos Tribunais do país. O Capítulo II intitulado “Dos Meios de Prova”, especificamente em sua Seção III, prevê disposições especiais para a inquirição de crianças e adolescentes, uma inovação trazida em seu texto.

O art. 192 da PL prevê o tratamento específico dispensado a crianças e adolescentes, especialmente em relação às autoridades, que devem estar sensíveis “a sua maturidade, intimidade, condição social e familiar, experiências de vida, bem como à gravidade do crime apurado.”. O problema da revitimização e a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento foram contempladas em seu artigo seguinte.

O procedimento do Depoimento Especial em si foi contemplado no art. 194, com previsão em seu parágrafo 1º dos casos em que será utilizado. Serão levadas em consideração:

Art. 194 § 1º A natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, e será adotada quando houver fundado receio de que a presença da criança ou do adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos nos incisos I e II do caput do art. 193.

O instituto da produção de prova foi resguardado em seu art. 195, *caput*, momento em que “[...] o juiz das garantias atentará para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento [...]”. Vedou-se a inquirição da vítima em Tribunal do Júri, salvo sua imprescindibilidade. Além disso, traz a

possibilidade de que uma cópia dessa inquirição feita em juízo seja remetida à autoridade responsável pela investigação e ao Conselho Tutelar com a finalidade de que um novo depoimento seja dispensado.

Há, ainda, a possibilidade de que a cópia desse depoimento seja enviada à Vara de Infância e Juventude para que se avalie eventual necessidade de medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo bem ressaltam Brito e Parente (2012, p. 7), ocorrendo essa mudança do Código de Processo Penal, ainda assim não será possível assegurar a não ocorrência de revitimização da criança ou do adolescente, principalmente porque pode ocorrer de outras formas. Assevera que “a criança também pode ser inquirida em mais de uma ocasião.”

Importa destacar, também, o surgimento de uma possível obrigação que crianças possam vir a ter, quando requisitadas a prestarem depoimento. Brito e Parente (2012, p. 7) aduzem que com a mudança trazida pela PL 8.045/2010 “crianças não poderão deixar de depor, optando por permanecer em silêncio. Da mesma forma, seus pais não poderão se pronunciar a respeito dos filhos serem convocados a depor”.

Indo mais além, em análise às propostas de inovação no Código de Processo Penal, percebe-se que a Lei nº 13.431/2017 impulsionou essa possível mudança processual penal, pois reclama uma verdadeira e ampla mudança cultural, notadamente sobre a forma como crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência são ouvidas, entendidas e atendidas por parte do Poder Público, em especial pelo Judiciário. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 41).

Em contrapartida ao que prevê o art. 12, parágrafo 1º da Lei nº 13.431/17, em que se contempla a possibilidade de que a oitiva seja realizada diretamente pelo juiz caso a criança assim queira, o art. 194, parágrafo 2º da PL 8.045/10 paradoxalmente prevê que “Não havendo sala ou equipamentos técnicos adequados, nem profissional capacitado para a mediação que se requer, o depoimento será validamente realizado de acordo com a forma ordinária prevista neste Código para a prova testemunhal.”

O que se chama atenção para a situação aqui levantada é o fato de, caso não haja a estrutura adequada para a inquirição através da técnica do Depoimento Especial, à criança ou ao adolescente não restará alternativa senão serem ouvidos pelo próprio magistrado, independentemente de ter realizado qualquer treinamento para tanto.

Como bem pontuam Digiácomo e Digiácomo (2018, p. 41), quando tecem comentários ao art. 8º da Lei nº 13.431/17, ao enfatizar que a falta de estrutura para a inquirição adequada de crianças e adolescentes “além de uma afronta às disposições desta Lei, acaba

sobrecarregando a “rede de proteção” à criança e ao adolescente existente nos municípios que, em muitos casos, se torna a única opção para coleta de prova junto à vítima ou testemunha [...]”.

A falta desse aparato para que se implemente o depoimento especial de forma efetiva e para que a vítima seja ouvida por profissionais habilitados para tanto, mitigam por completo o que dispõe o parágrafo 1º do art. 194⁶ da proposta de alteração do Código de Processo Penal. O referido parágrafo disciplina que a escolha pelo procedimento atentar para “a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências”, sendo adotado quando o procedimento comum possa prejudicar “a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos nos incisos I e II do caput do art. 193.”.

No momento em que se traz a opção de a inquirição ser feita pelo procedimento comum, no caso de não existência do aparato necessário para tanto, se mitiga toda a previsão e evolução normativa trazida pela lei específica do depoimento especial, ao mesmo tempo em que também torna inócuas as previsões dos incisos I e II do art. 193⁷ da PL 8.045/10, não resguardando sua integridade física, psíquica, emocional nem muitos menos sua revitimização.

Tais mudanças tornam impostergável o readequamento no aparelhamento dos órgãos de segurança pública e do Sistema de Justiça, em termos de corpo técnico habilitado para coleta do depoimento especial, que passa a ser o método preferencial para coleta da prova testemunhal junto a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, e que resguardam seus direitos fundamentais como seres humanos em desenvolvimento.

⁶ § 1º A opção pelo procedimento descrito neste artigo levará em conta a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, e será adotada quando houver fundado receio de que a presença da criança ou do adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos nos incisos I e II do caput do art. 193.

⁷ Art. 193. A inquirição de criança ou adolescente como vítima ou testemunha poderá, mediante solicitação de seu representante legal, requerimento das partes ou por iniciativa do juiz, ser realizada na forma do art. 194, para: I – salvaguardar a integridade física, psíquica e emocional do depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; (inexistente) II – evitar a revitimização do depoente, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos penal, cível e administrativo.

5 DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MEIO DE PROVA

5.1 Problema da Subjetividade e da Sugestionabilidade na inquirição infantil

A ampla disseminação da técnica do Depoimento Especial entre os mais variados Tribunais do país e a Recomendação 33/2010 do CNJ, além da recente Lei nº 13.431/17 trouxeram como pilares fundamentais a não revitimização e o aumento da credibilidade dos fatos narrados pelas vítimas. Aliado a isso, não se pode olvidar que “alguns estudos demonstraram que as crianças são, historicamente, mais vulneráveis a sugestões, visto que a tendência delas é corresponder às expectativas do adulto que as entrevista.” (GESU, 2014, p.147 *apud* ROSA, 2018, p. 54).

O tema traz consigo divergências em seus mais variados pontos. Entres esses, o primeiro se refere à coleta desses depoimentos, que segundo Meireles e Gorga (2016), o procedimento não estaria atento para uma possível “contaminação da vítima bem como não leva em consideração diversas questões psíquicas que influem no testemunho.”. Os autores enfatizam que a vítima relata os fatos ocorridos apenas de acordo com sua percepção e memorização, e não necessariamente como de fato ocorreram, e que essas “falhas” de depoimento podem ser propositais ou não. Além disso, a consistência e coerência do testemunho podem não se correlacionar com a verdade.

Bert (2010 *apud* BRITO; PEREIRA, 2012, p. 7), também destacam a importância que é dada aos testemunhos infantis e chama atenção para a “diferença entre credibilidade de um relato e a verdade de um fato, mostrando que um relato pode ser crível apesar de não ser real.”.

Em relação ao processo de percepção e as possíveis falibilidades, sejam objetivas ou subjetivas, que norteiam o depoimento da criança ou do adolescente, explicam Meireles e Gorga (2016) que:

Esta dissociação entre o relato e a realidade dos fatos ocorre porque a percepção é um processo interior, pelo qual o indivíduo organiza os sinais obtidos pelos sentidos, atribuindo-lhe significado. Assim, além da limitação natural dos sentidos humanos, tal processo passa por condições modificadoras da percepção, que podem ser objetivas – duração do estímulo, grau de iluminação, silêncio, etc. – ou subjetivas – emoção, experiência prévia, valores, projeção, a busca de coerência, a atribuição de causalidade e a busca de relações, bem como as ilusões ou alucinações. Após percebido, através dos filtros dos sentidos e das “armadilhas” da percepção, o acontecimento deve ser memorizado, sendo a memória a capacidade de fixação, conservação e evocação (relato) dos fatos, sendo que também nesse aspecto existem condições modificadoras, que são: a atenção, a emoção, artifícios de associação, sugestão e imaginação.

O mesmo autor ainda traz à tona a intenção da criança de sempre responder o que pode vir a agradar o interlocutor e ressalta a importância de ouvi-la sem que deixe transparecer qual a resposta que melhor se adequa à pergunta. As respostas das crianças, especialmente, podem ser impregnadas “pelas tendências afetivas do interrogado ou é produto de lembranças fragmentadas, preenchidas por deduções lógicas do indivíduo, ou, ainda, é equivocada em razão do medo sentido pela testemunha com a pergunta.” (AMBROSIO, 2010 *apud* MEIRELES; GORGA, 2016).

O questionamento feito e repetido pelo profissional que conduz o procedimento pode levar a uma alteração da resposta da criança. Isso se explica porque, a criança entende que, se houve a repetição da pergunta, provavelmente sua resposta deva ter sido insuficiente ou errada, e para tanto, tende a alterá-la (BRUCK *et. al*, 1995, p.193-208 *apud* MEIRELES; GORGA, 2016).

Alguns profissionais, ao realizarem inquirições com crianças ou adolescentes e com o objetivo de ajudá-las a discorrer sobre o fato, acabam por adjetivar negativamente o acusado ou contam que sabem de algo ruim que aconteceu na tentativa de encorajá-la. (GESU, 2014, p. 181 *apud* ROSA, 2018, p.50). Por outro lado, os contraquestionamentos feitos pela defesa do acusado tendem a criar uma confusão no relato da vítima, pois, segundo leciona Trindade (2014, p. 282 *apud* ROSA, 2018, p. 50):

(a) no questionamento, procura-se obter uma declaração (construção); (b) no contraquestionamento, pretende-se promover a desconstrução (destruição) dessa mesma declaração, fazendo com que a testemunha se contradiga por suas próprias palavras, com a finalidade de fragilizar o seu relato sobre os fatos.

Importa complementar que a emissão de informações deturpadas pelo infante também é produto de perguntas conflitantes e pelo tom acusatório que são impressos nelas. Ressaltam Meireles e Gorga (2016) que, as crianças com pouca idade são mais “sensíveis ao status ou ao “poder” daqueles que as ouvem”, o que pode acarretar uma mudança da linearidade encontrada anteriormente em seu depoimento e uma possível readequação ao que se pretendia ouvir.

Outro problema que pode ser enfrentado quando as vítimas de abuso sexual são crianças é o fato de que uma carícia lasciva, por exemplo, seja facilmente sugerida pelo ofensor como uma simples demonstração de afeto, e isso pode ser incorporado e sedimentado como real para

a criança. O contexto em que ocorre trará um sentimento de culpa que a fará repensar em uma possível acusação a um familiar, principalmente pela dualidade de sentimentos aqui já mencionadas, que permearão seu depoimento.

As falsas memórias, segundo conceitua Balbinotti (2009, p. 10) “são as recordações de algo que jamais aconteceu. Ocorrem quando de a criança narrar como verdadeira uma situação mal interpretada por um adulto, que a leva a acreditar que realmente foi vítima de um abuso sexual.”. A exposição demasiada de crianças e adolescentes a reiterados depoimentos podem contribuir como um reforçador à sedimentação dessas falsas memórias.

A síndrome do segredo se revela um outro ponto desafiador na inquirição infanto-juvenil. Segundo conceito trazido por Balbinotti (2008 *apud* SILVA, 2015, p. 24), essa síndrome pode ser entendida “como a ocultação da verdade acerca da ocorrência da violência sexual pela vítima, criança ou adolescente, ou pelos familiares, quando cientes, a qual se dá por diversos motivos.”. Muitas vezes, o problema encontra sua justificativa no fato de que as vítimas podem estar sendo ameaçadas pelo seu ofensor, pela falta de credibilidade do seu discurso ao relatar o ocorrido ou pelos desdobramentos que sua denúncia possa vir a trazer.

No âmbito familiar, muitas vezes, é o lugar onde ocorre a primeira revelação de um possível abuso sexual, relatado pela própria criança, por algum familiar ou pessoa próxima a ela. Essa colheita de declarações torna-se extremamente contenciosa no momento em que os familiares direcionam suas perguntas no sentido de apenas corroborarem suas supostas previsões acerca da prática do abuso sexual, ou seja, procurando apenas ratificá-las.

Contudo, importante a ressalva trazida por Trindade (2014, p.440 *apud* ROSA, 2018, p. 52, grifo nosso), quando alerta sobre os erros mais frequentes cometidos nessa situação:

a) levar a pensar que, se uma criança possui um conhecimento em matéria sexual que o genitor considera inadequado para sua faixa etária, **ela só pode ter adquirido essa informação mediante contato sexual direto com um adulto**; b) supor que uma criança **não mente nunca pelo simples fato de ser criança**. Portanto, se ela diz que é, é porque aconteceu, independentemente das evidências que possam existir no sentido contraditório, pois a ocorrência de ilusão ou fantasia é muito comum no mundo infantil.

O ambiente que os familiares criam e as ferramentas de que se utilizam para encorajar crianças e adolescentes a relatarem o que ocorreu, como lhe prometerem recompensas, podem prejudicar potencialmente a confiabilidade do que venham a relatar em Juízo. Isso tudo pode contribuir para que o infante faça falsas revelações de algo que possa não ter acontecido.

Destaca-se, também, sobre essa problemática que o ambiente familiar em que a criança está inserida pode vir a contribuir com as falsas memórias e relatos que aparentam veracidade. Afirma, ainda, Moura (2016, p. 51 *apud* ROSA, 2018, p. 53) que:

Crianças têm propensão ao imaginário sexual quando convivem em ambientes onde tenham acesso a conteúdos eróticos por meio de revistas, filmes ou internet, e mesmo cenas reais presenciadas no ambiente familiar. Isso se dá especialmente pela curiosidade acentuada ou inexperiência, e por estarem em processo de formação da sua personalidade e sexualidade. Tais fatores poderão fazer com que se projete participando de um ato sexual ou sonhe com o que viu sem qualquer maldade ou senso crítico de reprovabilidade, entendendo o ato como uma brincadeira, fundindo imaginário e realidade.

Tudo o que foi suscitado revela que o processo penal não deve se abster a essas demandas. Os profissionais que lidam diariamente com a questão precisam estar preparados para essa realidade, tendo conhecimento interdisciplinar sobre o tema para que evitem repercussões negativas ao desenvolvimento da vítima e a forma como realiza sua inquirição. Além disso, por consequência, também são evitadas possíveis injustas nos julgamentos dos possíveis abusadores.

5.2 Falibilidade da Oitiva de Crianças e Adolescentes como meio de prova: o problema do erro judiciário

Em um levantamento realizado por Brito e Pereira (2012), em artigo intitulado ” Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?” publicado acerca da jurisprudência emitida por Tribunais de Justiça dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, no período compreendido entre agosto de 2009 e março de 2010, nos traz em suma as justificativas empregadas na valoração do testemunho de crianças que supostamente haviam sofrido abuso sexual.

Chegou-se à conclusão de que a “Inexistência de outras provas”, “O baixo número de condenações”, “A consistência e a solidez dos relatos infantis”, a “Presunção de veracidade do depoimento infantil e o “Valor secundário das provas materiais” foram os mais considerados em possíveis condenações. (BRITO; PEREIRA, 2012, p. 3-4).

Outra parte da jurisprudência em que o réu foi inocentado se assentou basicamente na “existência de contradições entre a palavra da vítima e outros elementos probatórios, notadamente depoimento de outras testemunhas e de informantes; versão da suposta vítima considerada fantasiosa ou como forma de represália ao réu; divergências em pontos importantes

do depoimento infantil; pouca idade do depoente; deficiência mental da criança; verbalização que não demonstrou firmeza; prova que se resume apenas ao depoimento da criança.” (BRITO; PEREIRA, 2018, p. 5).

O quadro demonstra, especialmente no tocante ao baixo número de condenações, a linha tênue e cautelosa que o magistrado se depara ao usar esse argumento como um dos pilares de uma possível condenação. É preciso que haja provas consistentes, mesmo que só exista a prova oral da vítima em relação ao fato, mas que se mostre robusta à elucidação do caso.

Um dos pontos já abordados aqui e que foi constatado pelas autoras se refere a “uma extensa lacuna temporal entre o suposto crime de abuso sexual e a tomada de depoimento da criança.” (BRITO; PEREIRA, 2018, p. 4). Cita, ainda, que esse intervalo temporal chegou a ser de 9 (nove) anos, entre a ocorrência do fato e o depoimento da vítima.

A produção antecipada de provas se prestaria exatamente para que houvesse uma celeridade na inquirição da vítima, pois o decurso do tempo pode prejudicar a clareza e exatidão com que o fato será narrado.

Em alguns julgados, segundo as autoras, a presunção da veracidade do relato da vítima apareceu de forma recorrente, especialmente sob o argumento de que para a criança não restariam motivos para incriminar o réu injustamente. Enfatizam, ainda, que mesmo havendo “provas materiais, ou quando perícias médico-legais indicam a ocorrência de abuso, essas foram mencionadas apenas ao final do julgado, quase como um adendo, evidenciando-se, em contrapartida, a força atribuída ao relato da criança [...]”.

Apontam Baldasso e Ávila (2018, p. 10) que:

Considerando o delito relacionado ao julgamento que traz a expressão “falsas memórias”, segundo a classificação “Assunto CNJ”, a pesquisa apontou diversos tipos penais, sendo os mais frequentes os crimes de: estupro de vulnerável (47,14%); roubo majorado (17,39%); atentado violento ao pudor (15,10%) e estupro (5,95%).

Tais dados apontam que as falsas memórias podem comprometer a exatidão e robustez das provas colhidas, especialmente os depoimentos das vítimas. O que se objetiva ressaltar nesse ponto específico é a fragilidade de um julgamento em que se baseia, primordialmente, no fato de que depoimentos de crianças e adolescentes gozam de presunção de veracidade. O lapso temporal entre a ocorrência do fato e seu depoimento estão entre possíveis causas que comprometem a elucidação de tais crimes. Em muitos dos julgados, as provas materiais são postas em última análise.

5.3 Vantagens e Desvantagens do Depoimento Especial

O Projeto Depoimento Sem Dano, hoje chamado Depoimento Especial, tem como pilares fundamentais reduzir o dano causado em relação à criança ou adolescente durante a produção de provas, garantir direitos, proteção e prevenção, tendo sua palavra valorizada e respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, além do melhoramento na produção de provas. (DALTOÉ, 2007, p. 72 *apud* AZEVEDO, 2013, p. 31-32).

Os objetivos demonstram a importância do instituto frente à apuração de abusos sexuais, em especial o estupro de vulnerável, que tem em sua grande maioria crianças e adolescentes como vítimas em potencial. A gravidade do crime e as condições que envolvem a vítima denotam as complexidades existentes nesse tipo de inquirição, o que reclama um procedimento peculiar para que sejam ouvidas.

Em pesquisa bibliográfica realizada até 2009, Brito e Parente (2012, p. 3) constataram que com frequência a técnica foi defendida pelos motivos de facilitação à produção de provas e o combate à impunidade; garantia da criança em ser ouvida evitando a repetição do relato e a revitimização; por propiciar um ambiente acolhedor mais eficiente à inquirição e de maneira pouco onerosa; e, por fim, por ser realizada por profissionais qualificados para tanto.

Em contraponto, segundo as mesmas autoras, os principais argumentos ao emprego dessa técnica se deram por um possível desrespeito à ética profissional de psicólogos e assistentes sociais; por transformar o direito da criança em depor em obrigação, ante à busca por provas para punir o acusado; um evidência ao discurso da criança, ignorando a possibilidade de falsas denúncias; colocação da criança como corresponsável pela sanção do acusado; e que por ser disseminada em outros países não significaria o sucesso do procedimento aqui.

Historicamente, o Brasil sempre realizou esse tipo de depoimento da forma tradicional, ou seja, como são ouvidas todas as vítimas, independentemente da idade. O Depoimento Especial tem como objetivo fundamental criar mecanismos para que essa escuta seja realizada de maneira a não revitimizá-la. É preciso reconhecer que “a participação da criança nas instâncias jurídicas deve ser pensada e para ela devem ser criadas alternativas que considerem essas especificidades desenvolvimentais.” (PELISOLI; DOBKE; DELL’AGLIO, 2014, p. 10).

Nesse tipo de crime é muito comum as subnotificações e, principalmente, a dificuldade de serem colhidas provas materiais e testemunhais suficientes para ensejar uma condenação do acusado. Isso ocorre porque, no caso de abuso sexual cometido contra crianças e adolescentes, em sua maioria, são cometidos por familiares ou pessoas próximas à família da vítima, muitos ocorrem dentro da própria casa da vítima sem que pare qualquer suspeita sob o abusador.

O colhimento de provas materiais, dependendo das ações cometidas pelo acusado dentro do tipo penal de estupro de vulnerável, também são de difícil constatação. A prática de um beijo lascivo, por exemplo, muito provavelmente não deixará vestígio algum. Restando prejudicada a produção de provas materiais e não havendo testemunhas que possam depor sobre o fato, o depoimento da vítima toma uma proporção considerável durante a instrução processual.

O Depoimento Especial também enfrenta dificuldades no que se propõe a fazer. Possíveis contradições no depoimento da vítima, uma versão supostamente criada com o objetivo de incriminar o acusado, falsas memórias ou até a pouca idade da criança podem tornar falível o instituto.

O Depoimento Especial pode não suprir todas as lacunas existentes no assunto, mas está apto à evolução para aperfeiçoamento, tendo sempre como nortes a garantia constitucional da proteção integral e a primazia absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes. É evidente que as instituições afetas ao tema devam trabalhar em conjunto, além da necessidade de que seus integrantes conheçam o procedimento, inclusive com reconhecimento de seus respectivos espaços de atuação em busca sempre da proteção integral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa podemos perceber as complexidades e a importância que detém a temática, especialmente na problemática existente na inquirição de crianças e adolescentes vítimas do crime de estupro de vulnerável por profissionais sem capacitação para tanto. Muitas vezes as vítimas não contam com um ambiente acolhedor, com respeito à sua privacidade, à sua condição de pessoa ainda em desenvolvimento, com profissionais capacitados para esse tipo de escuta o que, inevitavelmente, poderá provocar sua revitimização.

A historicidade demonstra a evolução traçada ao longo dos anos no que diz respeito ao tratamento dado a crianças e adolescentes. Contamos hoje com uma política social e criminal que redobram a preocupação com o desenvolvimento físico e emocional do público infanto-juvenil, inclusive por próprio comando constitucional, compartilhando a responsabilidade disso entre o Estado, a sociedade e a família.

Os crimes sexuais, em face de sua pouca visibilidade e por falta muitas vezes de testemunhas que presenciem o fato, acabam por dar notável relevância às declarações das vítimas. A partir dessa constatação, a Lei nº 11.690/08 trouxe uma nova roupagem no que se refere ao tratamento dado à vítima, que não deve ser vista apenas como um meio de prova, mas como um ser humano que merece ter resguardado seus direitos fundamentais. São resguardados à vítima sua vida privada, intimidade, honra e imagem, tendo o mínimo contato com seu agressor.

O instituto do depoimento especial surge exatamente sob essa ótica, de proporcionar um aparato estatal adequado do Judiciário para que tais vítimas sejam ouvidas sem que se pratique uma violência institucional e consequente revitimização. A criança passa a ser informada sobre todo o procedimento adotado, além de lhe ser assegurada a livre narrativa sobre os fatos. Após essa etapa, possíveis perguntas formuladas serão adaptadas à linguagem da criança e do adolescente com o objetivo de facilitar sua compreensão e protegê-la de questionamentos sugestionáveis, constrangedores ou inadequados. Veda-se por completo a leitura da denúncia ou documentos presentes nos autos e o contato com o acusado.

Inquirir crianças ou adolescentes não é tarefa fácil, as falsas lembranças, a reafirmação de perguntas, a distorção entre afeto e o ato criminoso que o acusado cria na cabeça da vítima em relação aos abusos cometidos, a síndrome do segredo são alguns complicadores que podem vir a prejudicar potencialmente seu depoimento em juízo.

O levantamento jurisprudencial realizado por Leila Maria e Joyce Barros, nos Tribunais de Justiça dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, no período

compreendido entre agosto de 2009 e março de 2010, nos traz em suma que as justificativas empregadas para a condenação dos acusados nesse tipo de crime baseiam-se na inexistência de outras provas, no baixo número de condenações, na consistência e solidez dos relatos infantis, na presunção de veracidade do depoimento infantil e no valor secundário das provas materiais.

Importa observar que basear-se na “solidez do depoimento infantil” parece ser um caminho nebuloso para uma condenação consistente do suposto acusado, especialmente pela sugestionabilidade e subjetividade que detém o depoimento infanto-juvenil.

Portanto, é preciso observar como a criança se porta em seu depoimento, no sentido de avaliar qual a prova preponderante para que se chegue a uma eventual condenação do réu. As mais diversas causas podem comprometer a inquirição infantil, devendo ser realizada com ajuda de um profissional preparado para tanto, analisando provas materiais e testemunhais colhidas no curso do processo, além da tentativa de se evitar que o lapso temporal entre o fato e o depoimento seja tão grande que acabe por comprometer a veracidade e verossimilhança do que se colhe da criança.

O depoimento especial nem sempre parece ser uma técnica apta a preservar a criança vítima nem a busca da verdade, tendo em vista que pode até evitar a revitimização, mas pode não chegar a uma verdade na apuração do que realmente ocorreu. Isso ocorre, principalmente, pelos outros fatores que circundam todo o decorrer do processo. Basear uma condenação em elementos pontuais ou remotos podem levar a uma injusta condenação ou à impunidade.

Nesses aspectos suscitados, o depoimento especial mostra-se frágil. No entanto, o instituto se mostrou ser uma ferramenta importante nessa inquirição infantil, desde que seja um pouco mais aperfeiçoado e que sejam levados em consideração questões externas que possam comprometer a veracidade do que se é colhido durante a instrução processual.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. Disponível em:

<file:///C:/Users/Milena/Downloads/Processo%20Penal%20-%20Norberto%20Avena%20-%202018.pdf>. Acesso em: 13/01/19.

AZEVEDO, Maria Cecilia Fontes de. **Depoimento Sem Dano**: a preservação da integridade psicológica de crianças vítimas de abuso sexual. Repositório Institucional- UniCEUB.

Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5220/1/RA20865385.pdf>>.

Acesso em: 23/01/19.

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. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207/5894>>. Acesso em: 13/01/19.

BALDASSO, Flávia; ÁVILLA, Gustavo Noronha de. **A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal**: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/129/111>>. Acesso em: 22/01/19.

BBC, NEWS BRASIL. **70% das vítimas são crianças e adolescentes: oito dados sobre estupro no Brasil**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>>.

Acesso em: 17/01/19.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12/01/19.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.

Acesso em: 18/03/2019.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14/01/2019.

_____. Jurisprudência em TESES. **PROVAS NO PROCESSO PENAL- II**. Edição N. 111 Brasília, 5 de outubro de 2018. As teses aqui resumidas foram elaboradas pela Secretaria de Jurisprudência, mediante exaustiva pesquisa na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 06/09/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2011%20-%20Provas%20no%20Processo%20Penal%20-%20II.pdf>. Acesso em: 12/01/2019.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 13/01/19.

_____. Lei nº 11.690 de 9 de Junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 12/01/2019.

_____. **Lei nº 12.015 de 7 de Agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 18/03/2019.

_____. Lei nº 13.431/ 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm>. Acesso em: 18/01/19.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PARENTE, Daniella Coelho. **INQUIRÇÃO JUDICIAL DE CRIANÇAS: PONTOS E CONTRAPONTOS**. Psicologia & Sociedade, ISSN-e 1807-0310, Vol. 24, Nº. 1, 2012, págs. 178-186. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3929166>>. Acesso em: 23/01/19.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. **Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?**. Psico-USF, Bragança Paulista, v. 17, n. 2, p. 285-293, mai./ago. 2012. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/depoimento_especial/depoimento_de_crianca_2012.pdf>. Acesso em: 22/01/19.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4126/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=264294>>. Acesso em: 18/01/19.

_____. **Comissão Especial PL 8.045/10 e apensados. Consultoria Legislativa**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 19/01/19.

Conselho Federal de Psicologia. **RESOLUÇÃO nº 010/2010. Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção**. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf>. Acesso em: 18/01/19.

CNJ. **Recomendação nº 33 de 23 de Novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>>. Acesso em: 18/03/2019.

CNJ. **Depoimento Especial surgiu por iniciativa de magistrados gaúchos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/86460-depoimento-especial-surgiu-por-iniciativa-de-magistrados-gauchos>>. Acesso em: 02/01/2019.

DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. **O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual**. Revista JurisFIB ISSN 2236-4498. Volume IV. Ano IV. Dezembro 2013. Bauru -SP. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>>. Acesso em: 12/01/2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf>. Acesso em: 25/01/19.

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das provas no processo penal**. 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Mahiba%20Pereira%20Farhat.pdf>>. Acesso em: 14/01/2019.

FELIX, Juliana Nunes. **Depoimento sem dano: evitando a revitimização de crianças e adolescentes à luz do ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1383>>. Acesso em: 17/03/2019.

FREITAS, Danielli Xavier. **Estupro de Vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade**. 2015. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144316170/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade>>. Acesso em: 17/03/2019.

HOFFMEISTER, Marleci Venério. **Tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em situação de abuso sexual: desafios à intervenção profissional do assistente social na perspectiva da garantia de direitos**. 2012. 211 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/510#preview-link0>>. Acesso em: 17/03/2019.

LARANJEIRA, Tiara Badaró. **Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal**. 2014. Disponível em: <<https://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>>. Acesso em: 17/03/2019.

LIMA, Adriano Gouveia. **A delimitação típica do crime de estupro de vulnerável e a caracterização da vítima do delito**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19282&revista_caderno=3>. Acesso em: 11/01/2019.

LORDELO, João. **Teoria Geral da Prova**. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/256fe5_52404321c9aa4e5f8f89e2b312c98481.pdf>. Acesso em: 14/01/2019.

MACIEL, Eugésio Pereira. **Depoimento especial e Produção de prova: valor probatório da palavra da vítima infanto-juvenil nos crimes de violência sexual**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14517/1/2016_EugesioPereiraMaciel_tcc.pdf>. Acesso em: 02/01/2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial arts. 213 a 359-h**. 8. ed. - São Paulo: Forense, 2018. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2045-Direito-Penal-3-Cleber-Masson-2018.pdf?fbclid=IwAR19Zw24qkOhEDx-tJkLbz_5CxbV4_yddwXMOCiziAVfmKpV6ksa6vIlWhw>. Acesso em: 12/01/19.

MEIRELLES, João Victor Esteves; GORGA, Maria Luiza. **Depoimento especial: eficácia e compatibilidade como meio de produção de prova.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243730,51045-Depoimento+especial+eficacia+e+compatibilidade+como+meio+de+producao>>. Acesso em: 22/01/19.

MORARI, Natália Fagundes; GUEDES, Eduardo Pereira; HUNDERTMARCKPOMPÉO, Wagner Augusto. **DEPOIMENTO SEM DANO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR ENTRE A PSICOLOGIA E O DIREITO.** Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11778/1555>>. Acesso em: 18/01/19.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 13. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Lúcia Lustosa de. **Crimes de estupro: os desafios para produção e concretização de provas.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590921&seo=1>>. Acesso em: 02/01/2019.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3992/104-Curso-de-Processo-Penal-Eugenio-Pacelli-2017.pdf>>. Acesso em: 12/01/2019.

PELISOLI, Cátula Pelisoli; DOBKE, Veleida; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Depoimento Especial: Para além do Embate e Pela Proteção das Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Sexual.** Temas em Psicologia- 2014, Vol.22, nº 1, 25-38. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/119222>>. Acesso em: 03/01/2019.

PÖTTER, Luciane. Lei nº 13.431/2017: **A escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.** In: Luciane Pötter, organizadora; Adriana Miele..[et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.25-48.

ROSA, Flávia Laurindo da. **As Falsas Memórias Presentes nos Depoimentos de Crianças em Casos de Violência Sexual.** Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5226/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22/01/19.

SÁ, Rodrigo Moraes. **Estupro de Vulnerável: Uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor.** Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>>. Acesso em: 17/03/2019.

SCHAEFER, Luiziana Souto; MIELE, Adriana. **O impacto da Lei nº 13.431/2017 na atuação do(a) psicólogo(a) em casos de suspeita de violência contra crianças e adolescentes.** In: Luciane Pötter, organizadora; Adriana Miele..[et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.91-102.

SILVA, Danielle Martins. **O estupro de vulneráveis no Brasil: uma breve análise histórica, legislativa e do discurso jurisprudencial.** Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/06/DANIELLEMARTINSSILVA_oestuprodevulneraveisnobrasil.pdf>. Acesso em: 11/01/19.

SILVA, Fernanda Mathias. **Depoimento Sem Dano: possibilidade de aplicação nos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes diante do princípio da proteção integral do menor.** Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1189/110319_Fernanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23/01/19.

STJ. **Recurso Especial nº 1.480.881-PI (2014/0207538-0)** - RSSTJ, a. 9, (46): 685-721, dezembro 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Acesso em: 13/11/19.

_____. AgRg no REsp 1472138 **GO**. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2068.html>>. Acesso em: 14/01/2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

TJPB. **Acórdão/Decisão do Processo nº 00076092220148150011.** Câmara Especializada Criminal, Relator DES LUIZ SILVIO R. JUNIOR, j. em 27-10-2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CRIME+SEXUAL+CONTRA+VULNER%C3%81VEL&idtopico=T10000396>>. Acesso em: 13/01/2019.

TJRJ. **Ap. 0009186-56.2012.8.19.0023/RJ.** 1º C.C., rel. Marcus Basilio, 24.04.2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/383176668/apelacao-apl->

91865620128190023-rio-de-janeiro-itaborai-j-vio-e-esp-adj-crim/inteiro-teor-383176673>.
Acesso em: 13/01/19.

VALSANI, Anna Gesteira Bäuerlein Lerche; MATOSINHOS, Izabella Drumond.
Depoimento Sem Dano e as Inovações Trazidas Pela Lei Nº 13.431/2017. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em:
<<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/01-Depoimento-Sem-Dano-e-as-Inova%C3%A7%C3%B5es-Trazidas-Pela-Lei-N-13.4312017.pdf>>. Acesso: 19/01/19.