

LEI 13.431: OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELA IMPLANTAÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL

ROCHA, Mylena Dias da¹
FADEL, Alex²

RESUMO: O presente trabalho irá discorrer acerca da desconformidade da Lei do Depoimento Especial com a norma jurídica brasileira, levando em conta que a referida lei atinge princípios essenciais do Direito Processual Penal. Com a implantação da Lei nº 13.431/2017 foi estabelecido um novo procedimento para que sejam realizadas as oitivas dos infantes que tenham presenciado algum tipo de violência; podendo ser sexual, física, institucional e também psicológica. O novo procedimento implantado, o Depoimento Especial, objeto principal deste trabalho, deverá ser realizado em sala diversa da sala de audiência, o qual traz um sentimento de amparo ao menor, sendo realizado por profissional técnico habilitado, sendo este, na maioria das vezes, psicólogo. O depoimento deverá ser transmitido à sala de audiência, onde estarão as demais partes do processo, Ministério Público, defensor do acusado e o juiz. O propósito deste artigo é analisar se o novo procedimento implantado pela referida lei afronta princípios constitucionais garantidos ao acusado, tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Verifica-se que até mesmo os profissionais que realizam o procedimento afirmam que o Depoimento Especial não exonera a revitimização do infante, de forma que a violação dos direitos do réu torna-se despropositada e injusta, uma vez que o objetivo principal da implantação deste novo procedimento resta inalcançado.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento Especial. Falsas memórias. Lei nº 13.431/2017. Vitimologia. Revitimização.

LAW 13.431: THE CHALLENGES FACED BY IMPLEMENTING SPECIAL TESTIMONY

ABSTRACT: The present work will discuss the nonconformity of the Special Testimony Law with the Brazilian legal norm, taking into account that this law reaches essential principles of Criminal Procedural Law. With the implementation of Law No. 13,431/2017, a new procedure was established for hearings of infants who have witnessed some type of violence; It can be sexual, physical, institutional and also psychological. The new procedure implemented, the Special Testimony, the main object of this work, should be carried out in a different room from the audience room, which brings a feeling of protection to the minor, being carried out by a qualified technical professional, who, in most cases, psychologist. The testimony must be transmitted to the courtroom, where the other parties to the process, the Public Ministry, the accused's defender and the judge will be. The purpose of this article is to analyze whether the new procedure implemented by the aforementioned law violates constitutional principles guaranteed to the accused, such as the adversary system, ample defense and due process of law. It appears that even the professionals who carry out the procedure claim that the Special Testimony does not exonerate the re-victimization of the infant, so that the violation of the defendant's rights becomes unreasonable and unfair, since the main objective of the implementation of this new procedure remains unattended.

KEYWORDS: Special Testimony. False memories. Law No. 13,431/2017. Victimology. Re-victimization.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo expõe um estudo teórico quanto à discordância da implantação do Depoimento Especial e da Escuta Especializada pela Lei nº 13.431/17, com o ordenamento jurídico brasileiro, posto que a supracitada lei atinge diretamente princípios primordiais do Direito Processual Penal.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG, mylenadiasdr@gmail.com

² Promotor de Justiça do MPPR; professor no Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG, email: alexfadel@fag.edu.br.

A referida lei trouxe para o processo penal brasileiro uma alteração na colheita da oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual infantil. Desta forma, ela se pende a concepções criminológicas, bem como destina-se a evitar a revitimização de crianças e adolescentes que se encontram em um ambiente de violência.

Diante da desigualdade e da violência presentes no Brasil, os infantes estão inseridos em um cenário que comporta grande vulnerabilidade, de forma que cabe ao Estado uma intervenção diferenciada quanto a essas vítimas. Percebe-se que, no âmbito penal, diante da forma pela qual são abordados aqueles que suportaram alguma situação de violência, ocorre a revitimização.

Nesse sentido, poderia o ordenamento jurídico capacitar seus agentes processuais a fim de evitar a revitimização das crianças e adolescentes vítimas de algum tipo de violência, mas ofereceram uma contraproposta, optando por elaborar uma nova abordagem na tomada de depoimento, que notadamente é incompatível com o processo penal brasileiro, ao passo que no processo de produção de provas inclui terceiro e frustra os direitos primordiais do acusado quanto a sua defesa integral, entre algumas outras questões que serão levantadas no decorrer do presente trabalho.

Essa pesquisa é fundamental, já que o referido assunto já fora inúmeras vezes discutido no Poder Judiciário. Contudo, percebe-se uma discrepância nas decisões promulgadas pelos magistrados, razão pela qual demanda-se que sejam adotados critérios equânimes que visam conduzir as decisões tomadas pelos juízes, com vistas a alcançar garantia processual para ambas as partes do processo.

O artigo será desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, doutrinárias, legislativas e jurisprudencial, com o propósito de elucidar, após cautelosa análise dos dispositivos legais e de concepções de doutrinadores e estudiosos, questões controversas quanto à eficácia do Depoimento Especial acerca dos menores em um ambiente de violência, a fim de esclarecer a real necessidade de elidir os direitos do acusado para garantir uma colheita de depoimento sem que ocorra a revitimização de crianças e adolescente no processo. Ainda, procura esclarecer se o procedimento implantado pela Lei nº 13.431/2017 é inconstitucional.

No primeiro capítulo, será tratado o conceito de vitimologia, abrangendo, ainda, a forma como ocorre a revitimização do ofendido na persecução penal. Em seguida, serão analisados os princípios essenciais do direito processual penal, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

O segundo capítulo abordará à implantação do Depoimento Especial no ordenamento jurídico brasileiro, sendo analisados os procedimentos trazidos pela Lei 13.431/2017, levando em consideração a visão de doutrinadores a respeito do referido assunto.

Por fim, no terceiro capítulo, serão abordados os desafios enfrentados diante da adoção do depoimento especial, levando em conta princípios norteadores do direito processual penal, os direitos do acusado, do infante, bem como possíveis contaminação na prova testemunhal do infante diante do fenômeno das falsas memórias e a fantasia.

2 A CRIMINOLOGIA E OS PRÍNCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

O presente capítulo trará consigo os conceitos de criminologia e os princípios basilares do processo penal, os quais são o cerne da questão. Para isso, serão abordados os conceitos de vitimologia e revitimização, e ainda, as definições dos princípios da ampla defesa, do contraditório e devido processo legal.

2.1 O QUE É VITIMOLOGIA E REVITIMIZAÇÃO NO ÂMBITO PENAL?

Sendo proveniente da criminologia, a vitimologia é um estudo detalhado da vítima direta do crime, do infrator e do crime na perspectiva da vítima. A doutrina entendeu que a vitimologia é um ramo autônomo, não mais considerado um ramo da criminologia, com tema, método e finalidade próprios.

A vitimologia surgiu em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, com Benjamin Mendelsohn realizando um estudo sobre o comportamento dos judeus nos campos de concentração nazistas. O interesse pelas ações e pensamentos das vítimas surgiu após analisar que os judeus trabalhavam na organização interna de acampamentos onde havia a possibilidade de sua própria morte (HAMADA; AMARAL, 2009).

O âmbito penal sempre se deteve a analisar exclusivamente à conduta do acusado, sendo a vítima considerada apenas assistente no curso do processo, não sendo levado em consideração sua conduta e pensamentos, desta forma, após o surgimento da vitimologia, a vítima torna-se sujeito ativo na persecução penal, sendo examinados sua conduta com o intuito de verificar possível contribuição para o fato criminoso (SHECAIRA, 2020).

A vitimização é o evento onde uma pessoa, ou até mesmo um grupo de indivíduos, tornam-se vítima de um ato delituoso (MANZERA, 2022).

Já para Antonio Garcia-Pablos Molina (1997), a vitimização é o fenômeno pelo qual um grupo ou indivíduo se torna vítima do agressor, podendo ser por conduta própria ou não, trazendo o agressor, prejuízo à vítima, por omissão ou ação, com o único intuito de prejudicar a sua vítima.

A vitimologia, segundo Sandro D'Amato Nogueira (2004), trouxe cinco etapas que ajudam no processo de vitimização, sendo elas: a primária, quando ocorre a vitimização direta, ou a intuição, quando a vítima tem a noção de ser prejudicada, hostilizada e atingida por um agressor, projetando assim a ideia de vítima, ou seja, acontece no momento em que a vítima suporta o delito praticado pelo acusado; a secundária, que ocorre quando durante a apuração do delito sofrido, onde a vítima busca ajuda para defender-se ou até mesmo ajustar seu comportamento às deliberações de dano ou perigo produzidas pelo agressor; a terceira fase, é onde a vítima utiliza-se da sua defesa cooperando, apoiando ou facilitando o ato praticado pelo agressor; a quarta fase, é a resistência para evitar que o agressor atinja seu objetivo, ou o ato de se deixar por ele vitimizar; a quinta, e última fase é a consumação ou tentativa, a primeira com o objetivo alcançado do agressor, independentemente da vontade da vítima e a tentativa quando o agressor não consegue sucesso na sua execução devido a algum impedimento alheio a sua vontade.

O processo de vitimização, muitas vezes, não cessa com o fim da agressão, já que algumas ações fazem com que a vítima desenvolva alguns traumas psicológicos, que muito após o delito sofrido, ainda lhe causam abalo, e lhe privam de certas liberdades por medo (MOLINA, 1997)

A vitimização se define por três institutos, sendo eles: a vitimização primária, quando ocorre a vitimização direta, ou seja, ocorre no momento em que a vítima torna-se vítima, com a consumação, ou mera tentativa, do acusado em seu ato lesivo (SHECAIRA, 2020); a vitimização secundária, ou revitimização, acontece durante a apuração do ato lesivo, quando os agentes do direito utilizam a vítima apenas como meio de produção probatória, ignorando seus direitos e garantias, causando, assim, traumas psicológicos, bem como as colocam em situação de vulnerabilidade (OLIVEIRA, 1999); e, por último, a vitimização terciária, que ocorre na execução Penal, quando se está diante da vítima de infração penal, local de ocorrência é fora dos ambientes adequados, acontecendo na comunidade, onde a vítima do agressor reside (BURKE, 2019).

Em decorrência disso, a revitimização revela os pensamentos e preconceitos morais da sociedade em que a vítima está desamparada, julgada por quem deve resguardar seus direitos,

e pela sociedade que atribui o ônus de ter participado do comportamento do acusado, tendo seu sofrimento e o dano causado desprezados.

Tendo em vista que a vítima já se encontra em certa vulnerabilidade após a revitimização, que pode ser caracterizada por ação ou omissão, a vitimização é ainda mais grave do que a vitimização primária, pois a vítima é mais frágil, apego à uma ofensa persistente, não consegue encontrar o apoio que merece do poder público, vendo seu trauma agravado e a confiança na proteção do Estado dizimada.

A partir dos estudos sobre vitimologia e revitimização conclui-se que há necessidade de estabelecer novas normas ao longo da aplicação da lei para garantir os direitos das vítimas e melhorar a conscientização sobre eles, ainda mais importante quando se trata de crianças e meninas ou adolescentes que são mais vulneráveis.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Os princípios do direito processual penal desnudam a origem e o fundamento do problema e estabelecem uma regra para a análise, inserção, distinção e aplicação da lei, o que significa que o papel do Estado como órgão judiciário é limitado e a certeza essencial é dado ao sistema jurídico.

No âmbito do processo penal, os princípios que se destacam são o do contraditório e o da ampla defesa, que são cruciais para a garantia do princípio do devido processo legal. Esses marcam garantias essenciais para o poder judiciário e sem eles o cidadão acusado não terá os subsídios necessários para se defender contra o Estado, vinculados também aos princípios da dignidade da pessoa humana e da dignidade do direito penal, pois permitem o desenvolvimento da ação punível de forma humanizada e justa (NUCCI, 2013).

Segundo Capez (2020), a defesa integral exige que o Estado garanta a todos os réus uma ampla defesa pessoal e profissional, estando disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A defesa pessoal, também conhecida como autodefesa, envolve a participação do acusado em todos os atos do julgamento. Assim, é-lhe concedido o direito de intervir durante todo o interrogatório e de contribuir para o veredicto do juiz, bem como de ter conhecimento de todas as provas apresentadas durante o processo. Possui caráter personalíssimo e disponível, diante da possibilidade de o réu deixar de prestar seu interrogatório e participar de toda a produção de provas (LOPES JUNIOR, 2018).

Já a defesa técnica é aquela exercida por meio de profissional apto, sendo garantido ao acusado pelo Código Processual Penal, em seus artigos 261 e 263. Posto isto, a defesa técnica refere-se a um direito indisponível, não podendo o acusado dispensá-la (BRASIL, 2003). Cabe ressaltar ainda que, a Constituição garante que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, é aí que surge a Defensoria Pública e os Defensores Dativos.

O princípio que garante ao acusado o contraditório está diretamente ligado com o princípio da ampla defesa, de modo que ambos estão previstos no mesmo dispositivo legal (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

O mencionado princípio aborda a possibilidade de a parte comentar sobre provas ou alegações durante o processo (NUCCI, 2013), ou seja, é permitida a ação direta da parte durante a investigação, bem como a oportunidade de intervir no processo e no convencimento do magistrado.

Para que aconteça o contraditório, é necessário que o acusado seja citado para tomar conhecimento da ação e ainda, que seja intimado de todos os atos praticados pela outra parte no processo.

Nesse sentido, cabe destacar que o mesmo se baseia em um princípio relacionado principalmente à conexão processual, servindo tanto à defesa, quanto à acusação. Por fim, a decisão do magistrado deve ter origem em um processo que respeita o contraditório entre as partes que tiveram igualdade de oportunidades de defesa na fase processual, respeitando todas as prerrogativas legais.

Já o princípio do devido processo legal consagrado no Art. 5º inciso LIV da Constituição Federal de 1988 garante ao acusado todas as garantias processuais constitucionais, desta forma, devem ser resguardados os demais princípios processuais (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, este determina que o Estado siga os outros princípios, limitando o poder estatal e impossibilitando que este seja exercido com prejuízo aos direitos do acusado.

Na definição processual, o devido processo legal determina que todos os atos do processo devem observar as normas vigentes, portanto, é necessário que os magistrados e as partes respeitem um compilado de normas.

Já na definição material, este princípio deve observar o estrito cumprimento dos direitos fundamentais, devendo serem levados em conta os princípios processuais, bem como os direitos individuais das partes, tornando-se uma limitação do poder do Estado, garantindo que não haverá detrimento dos direitos do acusado sem que exista relevante interesse da coletividade.

Por fim, o referido princípio surgiu apenas com a Constituição Federal de 1988, sendo uma consequência do Estado Democrático de Direito, com o objetivo de concretizar e especificar as normas quanto à sua eficácia.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A LEI Nº 13.431/2017

Muito embora o depoimento especial tenha sido implantado no ordenamento jurídico pátrio apenas em 2017, o mesmo procedimento já vem sendo aplicado há tempos pelo sistema judiciário, tornando-se alvo de estudo sobre os atuantes de Direito.

Dessa maneira, este capítulo trata da forma de como foi realizado o processo de elaboração e aprovação da Lei nº 13.431/2017. Por último, mas não menos importante, são analisados os dispositivos desta lei que tratam de como deve ser realizado o procedimento de audição de crianças e jovens em situação de violência após a implementação do depoimento especial.

3.2 O IMPULSO INSPIRATÓRIO PARA APROVAÇÃO DA LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL

O Depoimento Especial teve sua primeira regulamentação no ano de 1989, com a Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada em 1990, em alguns países que buscavam formas de melhorar o atendimento dos infantes em situação de violência.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 12, trouxe o direito do infante de ser ouvida em juízo e de sua opinião ter valor probatório, trazendo, assim, a garantia de ser ouvida no processo judicial da qual fizer parte, tendo os mesmos direitos que qualquer outra pessoa.

No ano de 2005, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, aprovou a Resolução nº 20/2005, trazendo os critérios a serem observados para a realização de procedimentos alternativos para a oitiva dos infantes em situação de violência, elencando definições operacionais, princípios e ainda dispondo dos direitos dos infantes nas referidas oitivas.

Ainda, a Resolução alega que existe uma necessidade de limitar a quantidade de vezes que os infantes deverão ser ouvidos por meio de procedimentos especiais afim de obter evidências dos mesmos quanto aos crimes sofridos, com o intuito de evitar a revitimização destes.

Até o ano de 2003 o método do Depoimento Especial era totalmente desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, foi quando o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Antônio Daltoé, deu início à essa prática, implantando no Juizado da Infância e Juventude da cidade de Porto Alegre um projeto, chamado de Depoimento sem Dano, o qual utilizaria meios eletrônicos e intercessão de psicólogos e assistentes sociais nas oitivas de crianças e adolescentes que se encontravam em situação de violência. Essa iniciativa surgiu após o Desembargador em seus anos de magistratura, realizar oitivas de vítimas de violência sexual, e perceber a inobservância de precauções nessas oitivas.

O procedimento implantado pelo Desembargador era dividido em três etapas, das quais consistiam em: acolhimento inicial, colheita do depoimento e no acolhimento final. A primeira etapa, corresponde nos 30 minutos que antecedem a audiência, onde o profissional do qual conduzirá o depoimento recebe o menor e seus responsáveis. Após esse acolhimento, vem a colheita do depoimento, onde esse deverá ser filmado e transmitido para a sala de audiência, onde estarão as demais partes do processo, e estas poderão interagir durante o depoimento através do profissional técnico, o qual deverá repassar ao infante as perguntas de forma inteligível, evitando, assim, questionamento indesejados. E a terceira, e última, etapa, é a avaliação do infante pelo profissional que conduziu seu depoimento, investigando se existe ou não a necessidade de encaminhamento do menor para atendimento junto a rede assistencial.

3.3 DEPOIMENTO ESPECIAL E ESCUTA ESPECIALIZADA: AS EXIGÊNCIAS DA LEI 13.431/2017

Para Nucci (2019), a Lei nº 13.431/2017 veio com o intuito de estabelecer normas dispostas a assegurar os direitos infanto-juvenis, direcionados aos menores que se encontram em situação de violência. A referida legislação tem como pilar o artigo 227 da Constituição Federal, o qual estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao infante os seus direitos básicos, bem como impedi-lo de sofrer qualquer tipo de violência (BRASIL, 1988).

Complementando a Constituição Federal de 1988, a Lei do Depoimento Especial, além de implantar o Depoimento Especial para a oitiva de infantes vítimas de violência sexual, foram incluídas também as violências psicológicas, institucional e física. Outrossim, a lei traz que o procedimento deverá ser adotado, obrigatoriamente, em casos que tratem se infantes forem menores de idade, não obstante, poderá também ser aplicada em casos em que a vítima ou a testemunha possua entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos (BRASIL, 2017).

Em seus artigos 7º e 8º, a lei determinou duas formas para a realização da oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência, a escuta especializada e o depoimento especial. A escuta especializada, segundo o que estabelece a Lei nº 13.431/17, em seu artigo 7º, “é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.” (BRASIL, 2017).

A escuta especializada tem por escopo a composição de um estudo social ou um laudo, elaborado por profissional técnico habilitado, tendo esse estudo infundidos proveitos, possibilitando, assim, um aprofundamento quanto à análise do que a vítima ou testemunha de violência tem como memória do acontecimento.

Diferentemente do Depoimento Especial, a Escuta Especializada tolerará sua repetição, ou seja, pode ser realizado mais de uma vez durante a persecução penal, isso a depender do modo com que o infante se porte. A repetição só acontecerá em casos de extrema necessidade, visto que a essência da referida lei é evitar a revitimização dessas vítimas.

Em contrapartida, o Depoimento Especial, segundo dispõe o artigo 8º da Lei nº 13.431/17, é o “procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”. Logo, refere-se ao depoimento prestado pelo infante, quando este tiver sido vítima ou testemunha de uma violência (BRASIL, 2017).

O que diferencia o Depoimento Especial do depoimento rotineiro prestado nos processos é que este deve ser acompanhado por profissional jurídico, junto com profissional psicossocial. No procedimento do Depoimento Especial, este não permitirá que ocorra repetições, sendo assim, sempre que possível será realizado uma única vez, garantindo o direito à ampla defesa do acusado.

O procedimento do Depoimento Especial deverá ocorrer em local apropriado, sendo um ambiente agradável, que garanta a privacidade do infante, que será intimado para comparecer ao local de colheita desse depoimento com antecedência de 30 (trinta) minutos e acompanhado de seu representante legal, de forma a evitar seu contato direto com o agressor.

Cabe mencionar que todo o procedimento deverá ser transmitido em tempo real para a sala de audiência, onde estarão as demais partes do processo. Durante a tomada do depoimento, o infante poderá falar de forma livre o que sabe ou se lembra, devendo o entrevistador interromper apenas quando for impreterível.

4 OS DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL NA COLHEITA DE PROVAS

Neste capítulo serão tratados os principais desafios que o Depoimento Especial enfrenta com a sua implantação, visto que muito embora o procedimento positivado visa garantir os direitos do infante em situação de violência, evitando sua revitimização, o que ocorre na prática é totalmente diverso, ocorrendo ainda a inibição de direitos constitucionais garantidos ao acusado, bem como o do próprio profissional técnico que dirige o referido procedimento.

4.1 OS DIREITOS DO ACUSADO VIOLADOS

Os princípios processuais tanto penais, quanto nas outras esferas do direito são privilégios das partes devendo ser resguardados. Desta forma, não há argumento admissível para que ocorra a quebra de tais direitos, pois estes garantem que o acusado culpado seja penalizado, do mesmo modo que amparam aquele inocente, garantindo a aquele o direito de rebater uma acusação sendo ela justa ou não.

Com a Lei nº 13.431/2017, o procedimento de oitiva de vítimas e testemunhas distinguem-se do que está previsto no Código de Processo Penal. Em seu artigo 212, o Código de Processo Penal dispõe que as indagações devem ser realizadas pelas partes diretamente a quem estiver prestando depoimento, de modo que o juiz passe a executar o papel apenas de fiscalizador, e deixa de ser juiz-ator, o qual participava diretamente da produção de provas (modelo presidencialista).

A adoção pelo Depoimento Especial faz com que ocorra o retrocesso ao modelo do juiz-ator, de modo que insere um terceiro entrevistador durante o processo e retém das partes a produção de provas prevista no Código de Processo Penal. Desta forma, as partes, acusação e defesa, limitam-se a formular perguntas, das quais o juiz julga pertinentes e repassa ao entrevistador, e este último poderá ainda as reformular e negar-se a realizá-las, de maneira que ficam os direitos do acusado prejudicados, negando a defesa o direito de formular indagações diretamente ao depoente, dificultando, assim, a elucidação dos fatos e também a tese defensiva (GLOECKER, 2016).

De acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Junior e Alexandra Morais da Rosa (2015), o fato de haver um terceiro na função de entrevistador fere o princípio da objetividade dos depoimentos, pois expressam suas reflexões pessoais sobre o depoimento de forma a induzir e poluir o depoimento prestado pelo infante, o que vai diretamente contra a letra do artigo 213 do Código de Processo Penal, uma vez que o depoente deve ter liberdade em seu relato.

O distanciamento da objetividade do depoimento é uma das condições que favorecem a ocorrência das falsas memórias no processo, contribuindo para um contexto em que ocorre a confirmação do que se acredita ser verdadeiro. Ademais, falar-se em enfrentamento à revitimização leva à constatação, mesmo que subjetiva, de que o fato a ser averiguado efetivamente ocorreu, sendo o acusado, portanto, culpado.

O procedimento adotado para o Depoimento sem Dano, que tem por intuito a proteção dos infantes no campo processual, traduz, na realidade, uma forma de validar a verdade consolidada, de forma a afligir a presunção de inocência do acusado. Por esse motivo, em busca da verdade real, as práticas inquisitórias e autoritárias têm a proteção dos infantes vulneráveis como justificativa para que ocorra a violação aos direitos do acusado, o que não corresponde à realidade, conforme já fora demonstrado.

4.2 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO MENOR E DO PROFISSIONAL

A dialética de que o Depoimento Especial visa a proteção dos direitos do menor em situação de violência, torna-se mera cortina de fumaça para que o trâmite processual corra, independente da imperícia dos agentes do Direito com o tratamento com estas vítimas.

Sendo assim, independente da forma pela qual a oitiva do infante em situação de violência seja conduzida, ocorrerá a revisitação às memórias de um momento doloroso, situação suficiente para causar sentimento de dor e sofrimento, caracterizando, assim, a ocorrência de revitimização (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2018).

Diante da dificuldade dos operadores do direito em conduzir os infantes durante a instrução processual, vez que não possuíam capacidade técnica para isso, introduziu-se um terceiro ao processo, transmitindo aos profissionais técnicos o papel de inquiridor.

Ocorre que, os próprios operadores de direitos, estão em uma busca pela verdade real como prioridade absoluta, sendo que, esquecem que estão tratando de seres humano e não meros objetos processuais, pois se tratando de infantes, estes são transformados em meios de provas para a condenação do agressor, e não considerados sujeitos do processo (BITENCOURT, 2007).

A determinação de que os profissionais habilitados conduzam o depoimento do infante no lugar de inquiridor, além da vulnerabilidade dos direitos do infante, fere também os direitos desses profissionais.

Desta forma, diante da realidade que as vítimas carregam o peso de suas declarações, os profissionais técnicos, psicólogos são contra a realização do depoimento especial, sob argumento de que este procedimento não diminui o impacto negativo da oitiva do infante.

Desta forma, é clara a necessidade de implantação de medidas realmente capazes de proteção aos menores na esfera penal, visto que restou demonstrado que o procedimento adotado não é totalmente eficaz quanto a não revitimização e diminuição dos impactos ao infante, além disso, violam os princípios éticos e profissionais dos técnicos que são obrigados a abdicar de sua função profissional para assumir uma função judiciária.

4.3 DA FRAGILIDADE DA PROVA PRODUZIDA DIANTE DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS E DA FANTASIA

A prova testemunhal declina da memória, que é limitada e omissa, pois alguns detalhes não emocionais que decaem de situações vividas tendem a serem esquecidos. As falsas memórias e a fantasia podem ser criadas por qualquer indivíduo diante do desvio de realidade, sendo que as ocorrências destas são maiores quando se trata de crianças e adolescentes.

O depoimento do infante tem por objetivo a prova para combater a impunidade, desta forma, havendo qualquer possibilidade de as alegações imputadas ao acusado serem fruto da imaginação (fantasia) ou estarem eivados pelas falsas memórias, o testemunho deste infante deverá ser confrontado por outros elementos probatórios e ainda acompanhado por profissionais qualificados.

Segundo Pisa (2006) as falsas memórias correspondem ao evento de recordar de fatos que não aconteceram. Portanto, o indivíduo acredita que aquilo do qual se recorda é verdadeiro, mas acaba não sendo leal ao que realmente tenha se sucedido.

A ocorrência das falsas memórias, conforme leciona Di Gesu (2010) não pode ser confundida com mentira, haja visto que o sujeito crê que aquilo que expõe é verdadeiro, porém, suas lembranças são distorcidas quanto ao que realmente foi vivenciado, acreditando, assim, que o evento realmente aconteceu como ele relata. Enquanto, na mentira, o indivíduo possui consciência de que o fato não é verdadeiro, diferentemente das falsas memórias.

Desta forma, deve o entrevistador se abster ao máximo de manifestar-se durante a oitiva do infante, visto que este poderá influenciar a resposta, já que a manifestação expressiva do entrevistador poderá estimular no infante sentimentos que remetam a lembranças distorcidas da realidade. Diante disto, um estudo realizado chegou à conclusão de que crianças são mais propícias à ocorrência de falsas memórias, uma vez que essas são facilmente influenciadas pelas

falas de parentes, amigos e tendem a satisfazer às expectativas do entrevistador (LOPES JUNIOR; GESU, 2007). À vista disso, é extrema a necessidade, no direito processual, de que a prova oral seja confortada por outros elementos de prova, considerando que o depoimento do infante vítima de violência sexual pode estar eivado por falsas memórias.

Stein (2009) traz que o discurso de terceiros pode influenciar a criação de situações que não foram vivenciadas, principalmente quando se tratar de crianças, que mais tarde são consideradas como vivências reais.

Diante da imprecisa percepção da realidade pelo infante, a fantasia, a frágil memória, a emotividade, foi retirada a credibilidade do depoimento infantil, sendo posto este depoimento como falível para a busca da verdade real, já que existe o comprometimento da veracidade dos fatos a serem inquiridos (SANTOS, 1972).

Nucci (2014), leciona que a criança costuma fantasiar e criar histórias, podendo imputar fatos ao acusado dos quais não tenham ocorrido. Saber diferenciar a realidade e a fantasia é um trabalho difícil, muitas das vezes, impossível. Desta forma, deve o magistrado considerar o depoimento do infante uma prova relativa, a qual deverá ser confrontada por outras provas produzidas no curso do processo.

A metodologia adotada pelo Depoimento Especial reproduz a busca da verdade real a todo custo, tencionada a afagar a sociedade repassando a imagem de uma justiça que protege as vítimas e pune os violadores de direito. Entretanto, essa busca pela proteção aos infantes e o fato de fazer justiça pode poluir a produção probatória, resultando em uma condenação injusta, bem como na revitimização do infante.

Menciona-se uma ponderação quanto ao processo penal brasileiro, o qual, por conveniência, assume a prova testemunhal como prova ímpar em casos que poderia o julgador adotar, também, a prova pericial. O depoimento infantil como elemento probatório é frágil, diante das diversas possibilidades de poluição do mesmo, torna-o duvidoso, o qual deve requerer suporte de outros meios de prova que validem, ou invalidem, aquilo que o menor relatou como verdadeiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova metodologia implantada pela Lei nº 13.431/2017 veio com o intuito de isentar o infante, vítima ou testemunha de violência sexual, de revitimização durante a realização de sua oitiva para o processo. O projeto de lei aprovado inseriu dois novos procedimentos para a oitiva dos infantes, sendo eles: o depoimento especial e a escuta especializada.

A escuta especializada refere-se à escuta técnica, a qual já era realizada anteriormente pelos órgãos de proteção, tendo como objetivo a colheita de informações fundamentais para o desenvolvimento de uma intervenção para atender ao infante. Enquanto o depoimento especial trata-se da oitiva judicial que será realizada fora da sala de audiências em ambiente adequado sob orientação de profissional técnico, é necessário transmiti-la à sala de audiências onde estarão as demais partes do julgamento.

A participação das partes na produção de provas consistirá na elaboração de perguntas, que serão avaliadas, readequadas e, até mesmo, dispensadas pelo profissional que conduzir o ato. Verifica-se que os direitos do réu, tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal são invalidados pela implantação do Depoimento Especial, em razão de que o procedimento do Depoimento Especial retira das partes a autonomia para a produção de provas, já que o juiz retira-se da figura de fiscalizador e passa a ter postura ativa na produção de provas, incluindo terceiro no curso da ação penal e repassando a este o poder de fiscalizar os questionamentos a serem feitos pelas partes. Portanto, é claro o retrocesso do processo penal, aderindo ao sistema inquisitório em vez do acusatório, em que o réu possui seus direitos efetivados.

Constata-se que o procedimento do Depoimento Especial, muito embora busque evitar a revitimização dos infantes, acaba por revitimizar essas vítimas, sendo que a prova oral produzida durante a instrução não detém maior fidedignidade que aquela produzida de forma convencional. Desta forma, observa-se que a violação dos direitos garantidos ao acusado não tem fundamentação concreta, visto que o procedimento em discussão não garante a proteção integral da criança.

Conclui-se que o discurso de proteção aos infantes vítimas e testemunhas de violência é apenas um disfarce para a adoção de medidas eficientes e punitivas, já que o único objetivo parece ser repassar para a sociedade uma imagem de um sistema judiciário que preza pelos “valores de bem” e pune os violadores da lei.

Incumbe ao judiciário oportunizar a legitimação de outros meios de produção de prova. Quando necessária a oitiva dos infantes, que sejam os magistrados, promotores e advogados capacitados para melhorar a inquirição do depoente. Ademais, é necessário que os profissionais responsáveis pela condução do Depoimento Especial sejam capacitados de forma a assegurar a execução dos princípios processuais, garantindo, assim, mais fidedignidade à prova produzida, de forma a evitar sugestões e induções, sob pena de poluir a prova e transgredir os direitos dos infantes, ocasionando a criação de falsas memórias, a fantasia e acarretando traumas permanentes.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do sistema penal: o sintoma das falsas memórias na prova testemunhal**. 2012. 386 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4906/1/445814.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018**. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.html. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**, Salvador: JusPODIVM, 2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota Técnica nº 1/2018/Gtec/Cg. **Nota técnica sobre os impactos da Lei Nº 13.431/2017 da atuação das psicólogas e dos psicólogos**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/NOTA-TECNICA-N%C2%BA-1_2018_GTEC_CG.pdf. Acesso em 15 mai. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CFP se posiciona em relação ao dispositivo denominado “Depoimento Sem Dano”**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp-se-posiciona-em-relao-ao-dispositivo-denominado-depoimento-sem-dano/> Brasília, DF, 2010. Acesso em 16 mai. 2022

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Conselho Federal de Psicologia e a prática da Escuta Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual**. 2015. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-EscutaEspecial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2022.

DIGIÁCOMO, Eduardo; DIGIÁCOMO, Murilo José. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba: Regis Sant’Ana Junior, 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf f. Acesso em 5 abr. 2022

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GLOECKER, Ricardo Jacobse. Depoimento sem dano? Das funções não declaradas ao regime de heteroverificação no processo penal. **Revista Liberdades**, v. 22, p. 128-143, maio/ago. 2016. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11361/2/Depoimento_sem_dano_Das_funcoes_nao_declaradas_ao_regime_de_heteroverificacao_no_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton do. **Vitimologia: conceituação e novos caminhos** - Encontro de iniciação científica - issn 21-76-8498, América do Norte, 2009, p. 01.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 7, n. 25, p. 59-69, 2007. Disponível em: <http://www.itecrs.org/edicoes/ano:2007/titulo:v7n25p59-69>. Acesso em: 02 mar. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais. **Consultor Jurídico**, 23 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levarerros-judiciais>. Acesso em: 02 mar. 2022.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos, **Criminologia**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; FERRACINI NETO, Ricardo. **Criminologia**. Salvador: JusPodvm, 2019.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Artigo. Lineamentos à luz do artigo 59 do Código Penal. 2004. Disponível em: <<https://www.jus.com.br>>. Acesso: em 04 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A escuta, o depoimento especial e o novo crime de violação de sigilo processual**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/escuta-e-odepoimento-especial-e-o-novo-crime-de-violacao-de-sigilo-processual>. Acesso em: 15 abr. 2022.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Por Mais Direitos Sexuais e Menos Violência Sexual. In.: OLIVEIRA, Assis da Costa (org.). **Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes**:

Cenários amazônicos, rede de proteção e responsabilidade empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Mariana Rúbio de. **Lei do depoimento especial (13.431/17): combate a revitimização em sobreposição aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Orientador: Ivan Lopes Sales. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA, CARATINGA/MG, 2019. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3265/1/TCC%20FINALIZADO.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/952/1/384132.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: [2016 ou 2017]. p. 2. Folder. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/abuso_crianças_adolescentes/doc/folder_abuso_sexual.pdf. Acesso em: 15 mai. 2022.

SANTOS, B. R. dos; COSTA, L. F.; FALEIROS, V. de P. Depoimento especial: relação 42 entre as implicações psicossociais e jurídicas. In: POTTER, L.; HOFFMEISTER, M. V. (Org.). **Depoimento Especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. cap. 2.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; Itamar Batista Gonçalves; Gorete Vasconcelos (organizadores). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes**. Brasília, DF: EdUCB, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. vol. 3. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

SENADO FEDERAL. **Lei aumenta proteção a crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/05/lei-aumenta-protecao-acrianças-e-adolescentes-vitimas-de-violencia> Acesso em 15 mai. 2022.

SCHMIDT, Flávio. **Lei do Depoimento Especial Anotada e Interpretada**. São Paulo: J.H. Mizumo, 2020. 1131 p. ISBN 978-65-5526-052-6. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/476321375/Lei-do-Depoimento-Especial-Anotada-e-Interpretada#>. Acesso em: 5 mai. 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5065-095-7. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/43870/6177-Criminologia-Srgio-Salomo-Shecaira.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14.

ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.