

**Audição em processo penal de crianças
vítimas de crimes sexuais**

**Barreiro, outubro de 2021
Cibelly Gomes Lima**

RESUMO ANALÍTICO

O presente artigo aborda a forma pela qual é conduzido o testemunho de vítimas de crime contra a liberdade sexual contra crianças e adolescentes no tribunal português em comparação à forma realizada nos tribunais brasileiros.

À partida a intenção é verificar como se dá a abordagem relativa à extração do testemunho em Portugal comparando com a forma pela qual é conduzida no Brasil e se na forma utilizada respeita o superior interesse da criança e do adolescente.

Iremos entender quem são os personagens da diligência, quem é o principal interlocutor da condução do depoimento bem como analisaremos o ambiente onde é realizado e se o mesmo é apropriado para o ato.

Após o entendimento de como é feita a abordagem do testemunho iremos analisar se princípios básicos que o norteiam estão a ser devidamente respeitados.

Queremos entender se a intenção do legislador foi alcançada na prática exatamente na forma em que foi pensada.

São diversos questionamentos quanto ao ponto abordado com o escopo de se verificar se as crianças e adolescentes na qualidade de vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual estão a ser tutelados pelo estado ou estão a sofrer outras violações dos direitos de forma indireta pelos tribunais em Portugal.

ÍNDICE

<u>RESUMO ANALÍTICO</u>	<u>2</u>
<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>4</u>
<u>DA PROVA.....</u>	<u>6</u>
Conceito de prova no processo penal:	6
Classificação das provas:	7
<u>Princípios relativos à prova</u>	<u>8</u>
Princípio da legalidade e da atipicidade das provas:	8
Princípio da livre apreciação da prova:.....	9
Princípio <i>in dubio pro reo</i> :.....	10
Princípio da Imediação:	11
Princípio do contraditório:	12
<u>DA PROVA TESTEMUNHAL.....</u>	<u>13</u>
Conceito de testemunha:	13
Capacidade e dever de testemunhar.....	14
Avaliação da capacidade de testemunhar	14
Das capacidades mnésicas dos menores:	14
<u>DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA RELATIVAS A CRIME</u>	
<u>CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL</u>	<u>17</u>
Conceito:.....	17
Como se dá na prática na abordagem dessas declarações para memória futura em Portugal	17
Como se dá a prática na abordagem das crianças vítimas de crimes sexuais no Brasil:.....	20
<u>A NECESSIDADE DE UMA INTERVENÇÃO ADEQUADA AQUANDO DO</u>	
<u>DEPOIMENTO DOS MENORES EM CRIMES SEXUAIS E SUAS</u>	
<u>IMPLICAÇÕES</u>	<u>23</u>
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>25</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>27</u>

INTRODUÇÃO

Com a vivência prática nas audiências de memórias futuras em casos de testemunho de crianças e de adolescentes em crime sexual e de autodeterminação nos tribunais em Portugal emergiu o interesse em trazer o assunto à baila no presente trabalho.

Foi por conta da experiência nos tribunais brasileiros que se é possível fazer uma comparação da dinâmica daqueles com os tribunais portugueses, a comparação se dá por haver uma grande diferença quanto à forma de trabalho entre ambos os tribunais relativamente a essa temática.

Os personagens que conduzem a abordagem com as crianças e adolescentes em crime sexual e autodeterminação são diferentes entre os dois países, por esta razão iremos identificar se os profissionais de ambas as jurisdições estão habilitados para a extração de memórias traumáticas de crianças e adolescentes.

A reflexão quanto ao papel do profissional ao conduzir o testemunho de um menor prende-se em verificar se o mesmo tem mesmo a capacidade e preparo para trazer à tona momentos passados que nunca deveriam ter sido vividos, memórias que deveriam ter sido deletadas, mas que são tão importantes para a averiguação do ocorrido.

É evidente que os tribunais têm o interesse em buscar a verdade material, mas essa busca não pode nunca ser através de mais sofrimento daqueles que já foram vítimas.

É por este motivo que se questiona a forma da abordagem do testemunho de crime sexual e autodeterminação nos tribunais em Portugal, será que o formato está a respeitar a criança e o adolescente dentro da capacidade do seu entendimento e maturidade psicológica?

Os juízes estão preparados a abordar uma criança e adolescente de forma lúdica e a preservar do que restou da inocência daqueles após um crime sexual ou violento?

Será que os juízes estão preparados a abordar o assunto sem dar um gatilho para reviver factos assombrosos de um modo que não retroceda ou agrave o processo de reabilitação do trauma?

Será um Juiz o profissional apropriado para abordar estas pessoas de idade tão tenra?

Será que estão preparados a abordar o assunto de uma forma que não traga mais prejuízos e mais violência emocional e psicológica ao Menor?

O ambiente onde o ato acontece é apropriado para a abordagem dessas vítimas e testemunhas menores?

São muitas as indagações quanto ao atual formato, considerando que o que está em causa é o superior interesse da criança e do adolescente e a análise de esse e outros direitos fundamentais não estão sendo violados.

A reflexão quanto à atual dinâmica é de suma importância e não deixa de ser um formato que deve ser questionado com a finalidade de proteger nossas crianças e adolescentes de mais abusos e direitos violados.

É sob esse prisma que iremos desenvolver o nosso trabalho, na vertente de analisarmos a importância do ambiente lúdico e analisarmos qual profissional é mais preparado para se extrair dos menores um passado de violência a fim de se preservar o direito da criança e adolescente e garantir a evidência importante para o processo.

DA PROVA

Conceito de prova no processo penal:

O processo penal é uma sequência de atos com a finalidade de se apurar um crime, a apuração se inicia logo de conhecimento de indícios de um crime e segue até aos termos do julgamento e por consequência ao trânsito em julgado da decisão judicial.

O processo penal português tem estrutura acusatória¹, conforme preceitua o artigo 32º em seu número 5 da Constituição da República Portuguesa, competindo ao Ministério Público o poder e dever de investigar os factos sugestíveis de um crime que possam ser levado a julgamento.

Os atos respeitam procedimentos, formas e limites, regras com a finalidade de se alcançar a verdade material dentro dos parâmetros do devido processo legal.

É dentro do processo penal em sede de julgamento que se analisam as provas. Estas são o substrato essencial da formação da convicção do julgador.

As provas são os vestígios de pistas que quando se juntam reconstroem um cenário de crime ocorrido no passado, mas contado no presente, sendo as provas elementos essenciais para elucidar um caso.

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, sem elas é impossível afirmar se houve um crime e quem são os seus autores bem como a culpabilidade ou não do autor.

Sobre o tema, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar²:

“O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos factos ocorridos para que se possa extrair as respetivas consequências em face daquilo que ficar

1 A constituição apresenta o princípio acusatório como um dos princípios estruturantes da "constituição processual penal". Este princípio defende que "só se pode ser julgado por crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento". (CANOTILHO, Gomes JJ.; MOREIRA, Vital. CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, comentário ao art. 32º, anotação XI, p. 522).

2 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – Curso de Direito Processual Penal. (p.618). Bahia: Editora Jus Podivm, 2017.

demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos”.

Outra finalidade da prova é ser o condão garantidor de um processo justo com a eliminação do livre arbítrio e que assegura apenas a utilização dos meios lícitos na demonstração da verdade onde necessariamente as decisões precisam ser fundamentadas com base nas provas apresentadas.

Portanto é evidente que a prova é a peça chave para apuração de crime sem ela não seria possível a determinação de um crime e dos seus responsáveis.

Classificação das provas:

Dentro do conceito de prova existem as categorias nas quais se divide, a distinção é importante para se averiguar o *quantum* do seu peso na hora de mensurar e distinguir uma prova da outra bem como das suas relações de dependência ou não de outras. Apresenta-se aqui com interesse a distinção entre provas perfeitas e imperfeitas, directas e indirectas, indiciárias, pessoais e reais.

- **Perfeitas e imperfeitas:** as perfeitas como o próprio nome sugere, são perfeitas pela sua essência, isto é por si só já se bastam, sem a necessidade de outras provas para se comprovar um facto o responsável de um crime ou pelo menos a existência de um crime. Diferentemente ocorre com as provas imperfeitas, pois essas são dependentes de outras provas para se obter uma força probanda assim como a força de uma prova perfeita, ela por si só não deixa tão evidente e claro um crime e o seu responsável.

- **Provas directas:** A prova direta ela incide diretamente no facto típico penal recaindo a prova sobre a autoria e o facto.

- **Prova indirecta ou prova indiciária:** é a que resulta proveniente de um facto conhecido e sabido, ou seja, através de um raciocínio lógico se chega ao facto que se pretende provar, esse passo de lógica se dá com o auxílio de regras de experiência. Portanto aqui é quando há indícios de que demonstram como possivelmente o crime aconteceu e quem possivelmente é dele autor.

- **Provas Pessoais e Reais:** a prova pessoal é a prova que decorre da declaração de uma pessoa. A prova real é a que resulta da verificação, exame, análise, interpretação objetiva de objetos e coisas.

PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA

Princípio da legalidade e da atipicidade das provas:

O Processo Penal está condicionado a respeitar o princípio do devido processo legal, segundo o artigo 125º do Código de Processo Penal português “são admissíveis as provas que não forem proibidas por Lei” isto é todas as provas que não são proibidas são permitidas a sua utilização.

Nos ensinamentos de Francisco Marcolino de Jesus³, "*ao admitir a existência de limites aos meios de prova, o legislador está, voluntariamente e intencionalmente, a limitar o princípio da verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do estado*"⁴, existe uma máxima relativa às provas, elas não podem ser usadas a qualquer preço, mesmo que elas provem a genuína verdade as provas lançadas ao processo devem ser oriundas de provas legítimas isto é que não sejam eivadas de vícios precisam de ter sido extraídas legalmente e de acordo com o princípio basilar do Estado de Direito.

Apesar de parecer um absurdo não utilizar uma prova ilegal que cabalmente clarificaria a verdade dos factos em julgamento, a intenção dessa ordem superior se dá pelo facto de se dar uma segurança jurídica às pessoas contra abusos em seus direitos.

Esta proteção é posta para justamente inibir provas obtidas através da violação das regras de proibição, portanto não se pode utilizá-las no processo, o art. 126º é categórico ao estabelecer quais tipos de provas são nulas, isto é, conforme Francisco Marcolino de Jesus, "as proibições de prova são autênticas limitações à descoberta da verdade material, que têm como efeito a nulidade do ato proibido e

3 JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 82.

4 idem, ibidem, p. 82.

bem

assim de todos aqueles que dele dependerem e puderem vir a ficar afetados" ⁵⁶.

As provas decorrentes das provas nulas serão também nulas, portanto quando o juiz declarar a nulidade de uma prova nula este deverá anular todos os efeitos decorridos dessa prova, é o efeito da teoria da árvore envenenada segundo esta teoria, as provas obtidas por meio de uma primeira prova que foi descoberta por meios ilícitos, deverão ser eliminadas no processo da persecução penal, uma vez que se considerarão ilícitas por derivação.

Embora o processo admita um leque extensivo de provas não se podem usar todas as provas extraídas a qualquer modo, devendo essas provas obedecerem os critérios da lei para sua admissibilidade e poderem ter a devida valoração no processo.

Princípio da livre apreciação da prova:

A apreciação da prova resulta da convicção do julgador aquando a apreciação das provas colacionadas aos autos, sob a ausência de critérios específicos impostos na análise das provas. É a possibilidade do julgador utilizar a sua subjetividade cominada com a sua objetivação da sua experiência de vida, em regras de experiência de vida, produz a sua convicção sobre a interpretação da prova que irá determinar e fundamentar a sua decisão, por força do artigo 127 do Código de Processo Penal, o Juiz, e o Procurador, podem valorar a prova com alicerce nas suas regras de experiência cominadas com a sua livre convicção.

No processo penal não há uma sobreposição entre uma categoria de prova e outra, portanto não existe uma categoria de prova com maior valor que outras, sendo assim não há uma subordinação entre os tipos de provas.

O valor probando de cada prova vai depender da convicção do julgador e

5 JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 94.

6 Ao considerar que as provas obtidas desta forma não podem ser valoradas no processo, o legislador está a afirmar que a busca da verdade material não é um valor absoluto, "e por isso não admite que a verdade possa ser procurada usando quaisquer meios, mas tão só admite meios justos, ou seja, legalmente admissíveis". (GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. A prova do crime - meios legais para a sua obtenção. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 129).

da relevância atribuída por ele através da análise das circunstâncias dos factos e as provas ali apresentadas usando de seu conhecimento técnico e experiências empíricas para atribuir o peso de cada prova constante dos autos.

Embora haja uma margem em que o julgador poderá utilizar da sua subjetividade para valorar a importância de cada prova no sentido de se desvendar a verdade material e, assim, chegar-se a uma conclusão sobre determinado facto suscetível de ser criminoso, entretanto o princípio da livre apreciação não é ilimitada.

O juiz está adstrito a uma decisão fundamentada, justamente para garantir o controle da legalidade do ato e das razões que ensejou e o motivou àquela determinada decisão.

Reforça esse entendimento a Ilustre Paula Marques Carvalho⁷:

“Este princípio não significa que o tribunal possa utilizar essa liberdade de modo discricionário e arbitrário, decidindo como entender, sem fundamentação. O juiz tem de orientar a produção de prova para a busca da verdade material e, ao decidir, deve fundamentar as suas decisões (cfr. Os arts. 97º, n.º 5, 374º, n.º 2 e 410º, n.º 2, do CPP; o art.205º, n.º1, da CRP e o art. 24º, n.º 1, da LOSJ)”

Portanto o julgador tem a prerrogativa de livre apreciação das provas utilizando da subjetividade para valorar a prova, entretanto tem que se ater ao dever de fundamentação, delineando e expondo, com a transparência de uma atividade não secreta do Estado as razões que o levaram à decisão.

Princípio *in dubio pro reo*:

O princípio *in dubio pro reo* tem grande relação com o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no artigo 32º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa; apesar de serem princípios distintos, conceitos diferentes, ambos têm uma ligação relativa à dúvida quanto a ação de uma pessoa relacionada ao crime em investigação ou julgamento.

7 CARVALHO, Paula Marques – Manual Prático de Processo Penal. (p.25). Coimbra: Editora Almedina, 2018, 11a Edição.

Assim sendo, enquanto o princípio da presunção de inocência resguarda ao arguido a qualidade de inocente até o trânsito em julgado, por ainda restarem dúvidas quanto à autoria do crime esta que será determinada apenas na decisão final transitada em julgado, no princípio *in dubio pro reo* o julgador na fase de decisão apesar de toda a análise das provas dos autos ele não tem a inequívoca certeza da responsabilização pelo crime, portanto ele deve perante a dúvida, na medida da dúvida, adotar a decisão mais favorável ao arguido que é a da sua absolvição, evitando assim uma condenação sem a convicção exigida.

Corroborar com esse entendimento Germano Marques da Silva⁸:

“Em rigor, o princípio in dubio pro reo é simplesmente um princípio lógico de prova. Se o tribunal não lograr a prova dos factos que constituem objeto do processo deve considerar a acusação não provada e como consequência lógica, não aplicar qualquer sanção ao arguido porque falta o necessário pressuposto, ou seja, que a acusação é fundada. Como referido, o princípio in dubio pro reo é apenas um princípio de prova; não tem quaisquer outros efeitos no processo, mormente na interpretação da lei. Se o tribunal não logra os factos provados mantém-se a dúvida sobre se foram ou não praticados pelo arguido e, por isso, o tribunal declara que os factos não foram provados e consequentemente absolve o arguido da acusação”.

Ambos princípios são garantidores e visam proteger o indivíduo durante todo o trâmite do processo penal, pois como dito pairam dúvidas no processo penal, enquanto num há decisão com dúvidas sobre a responsabilização do crime até ao trânsito em julgado; no outro pairam as dúvidas no momento da decisão do julgador por não ter a convicção de, apesar das provas, aquele arguido ser mesmo de responsabilizar pela prática de crime.

Princípio da Imediação:

8 DA SILVA, Germano Marques – Direito Processual Penal Português. (p.97). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, 2ª Edição.

Segundo o teor do artigo 355º, n.º 1º do Código de Processo Penal o princípio da imediação importa em dizer que somente pode proferir uma decisão aquele que participou da produção da prova e acompanhou toda à discussão da matéria entre as partes, acusação e a defesa.

Também trata da agilidade quanto à apresentação da decisão, está tem que ser dada no período mais curto de tempo após a produção da prova. Não exige o princípio da imediação que se dê preferência aos meios de prova que estejam em relação mais direta com o facto probando.

Portanto, o princípio da imediação pressupõe duas vertentes a primeira a necessidade de aproximação direta do julgador ao processo na fase instrutória e a segunda temporal, pois requer que a decisão proferida seja no tempo mais célere possível após a realização da produção de prova.

Princípio do contraditório:

É com base no princípio do contraditório que o julgador, antes de entregar a sua decisão, ele precisa necessariamente de ouvir a acusação e ouvir a defesa e dando a ambas as partes o direito de explanar, apresentar e sustentar tudo que possa corroborar a defesa e a acusação e quando necessário rebater a acusação e a defesa no momento adequado dentro dos ritos do processo penal.

O princípio do contraditório em processo penal tem uma vertente de princípio de investigação.

Nos ensinamentos de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves⁹:

“O princípio da investigação significa que, em última instância, recai sobre o juiz o ónus de investigar e determinar oficiosamente o facto submetido à julgamento. Ele obsta a que recaia sobre as partes qualquer ónus de afirmar, contradizer ou impugnar e impõe-se ao tribunal que socorra não apenas dos meios de prova apresentados pelos sujeitos processuais, mas também que recorra oficiosamente a outros meios de prova cujo conhecimento se afigura necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.

9 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação. (p.36) Coimbra: Editora Almedina, 2004, 2ª Edição.

O princípio é mais um princípio garantidor de proteção contra abusos arbitrários dos intervenientes do processo penal e evitar que as decisões sejam tão somente um resultado subjetivo independente das partes.

DA PROVA TESTEMUNHAL

Conceito de testemunha:

Entende-se como prova testemunhal uma prova pessoal¹⁰. É um ato de declaração feita em âmbito do processo criminal realizado por uma pessoa que narra ou declara factos das quais presenciou, constituindo objeto de prova, o seu papel é o de declarar.

A testemunha empresta, de forma abstrata, a sua memória em relação aos factos em questão, dando sua contribuição com a descrição dos pormenores, permitindo que os ouvintes do seu testemunho consigam criar em suas mentes como foi a dinâmica do ocorrido.

Esse personagem no processo penal é constituído por dois aspetos: o formal e o material. No primeiro o liame prende-se com a função do testemunho como meio de prova, o modo da sua produção, isto é a testemunha contribui expondo o seu cognitivo segundo o permite o direito do processo penal. Já o material é a contribuição para o entendimento sensorial perceptível essencialmente pela visão, audição e tato do resultado do testemunho. Os dois aspetos quanto melhor sincronizados melhor permitem à investigação e ao tribunal, a transmissão do testemunho.

Tem por objeto a prova testemunhal o conhecimento da testemunha sobre os factos juridicamente relevantes para o processo.

Muito embora a prova testemunhal é basicamente a narrativa dos factos, o julgador também leva em consideração especificidades do comportamento da testemunha verificadas no momento do seu testemunho.

¹⁰ Gil Moreira dos Santos refere que "a prova diz-se pessoal quando resulta de um ato de pessoa: o testemunho, o "ditamen" pericial e diz-se real quando resulta da observação das coisas". (SANTOS, Gil Moreira. op. cit., p. 223).

Capacidade e dever de testemunhar

O nº1 do art. 131º Código de Processo Penal atribui que qualquer pessoa que não se encontre interdita por alguma anomalia psíquica ela tem capacidade para testemunhar, sendo esta uma previsão legal que afasta a possibilidade de alguém contribuir com o seu testemunho mesmo que possa contribuir para a descoberta da verdade material.

Relativamente a depoimentos dos menores de 18 anos, por conta do questionamento da credibilidade do testemunho, considerando a inaptidão mental por ausência de maturidade, pode ter lugar uma perícia técnica, para se captar a personalidade daquele menor, conforme o número 3 do artigo 131 do Código de Processo Penal, para ponderar nos autos a narrativa por este contada, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Avaliação da capacidade de testemunhar

A avaliação por perícia mencionada no artigo 131º do Código do Processo Penal é necessária para atestar a capacidade de testemunhar daqueles menores de 18 anos nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

A perícia neste caso não vai avaliar as percepções e os factos presenciados pelos menores, mas sim periciar a capacidade daquele menor quanto à propriedade de prestação de um depoimento. Com a avaliação da personalidade e características psicológicas realizada por um profissional gabaritado para tanto é que se pode auferir o quanto se pode extrair do depoimento, se é que se conclua que valha a pena a produção desse depoimento, por conta da vulnerabilidade dos menores em serem influenciados em seu depoimento, considerando e justificando a conclusão da avaliação em face da inerente imaturidade intelectual e dependência nos seus processos funcionais relativamente aos adultos seus cuidadores.

Das capacidades mnésicas dos menores:

Tanto as capacidades mnésicas quanto as competências linguísticas de uma criança conforme esta avança na idade progressivamente aquelas vão sendo

melhoradas e superadas as incapacidades anteriores de percepção e seu nível intelectual vai evoluindo progressivamente, adquirindo cada vez mais recursos cognitivos, permitindo ter uma noção maior do que ocorre ao seu redor, a formar convicções por si só sem uma influência exterior e a capacidade de narrar algo sem distorcer os acontecimentos.

A criança esquece muito rápido os factos que ocorrem ao seu redor, algumas perdem rapidamente as memórias total ou parcialmente.

É por volta dos 3 anos de idade é que uma criança começa a guardar memórias principalmente as positivas. Entretanto o estado de grande stress prejudica a codificação mnésica, o que pode afetar negativamente a recordação. É por este motivo que as vítimas de abuso sexual muitas vezes apresentam sinais de perturbação emocional, como por exemplo ansiedade, depressão, baixa autoestima, tendências a suicídio, autodepreciação, autoflagelação, etc. sendo os sentimentos oriundos da experiência de abuso sexual que dificultam, as recordações de eventos abusivos e relatos dessas mesmas experiências.

Isto quer dizer também que o estado emocional da criança resultante do abuso sexual, condiciona o depoimento prestado, sendo que a relevância do testemunho do menor depende fundamentalmente da abordagem que lhe é feita pelo adulto. A abordagem deve prosseguida por profissionais qualificados para intervir com esses menores, não só para extrair com qualidade o testemunho, mas também para poder salvaguardar aquele que já vivenciou um grande trauma que o pode acompanhar pelo resto de sua vida.

É inevitável a procura de obtenção de alguma informação dos factos ocorridos através das declarações dessas vítimas, entretanto por já terem sofrido um grande trauma e por respeito à sua integridade psicológica e psíquica esse eventualmente depoimento tem de ser determinado primeiramente seguindo parâmetros não só legais como éticos e moral adequados à salvaguarda do melhor crescimento do menor.

É exatamente nesse tocante que é a base central do presente trabalho que

BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.

Av. do Bocage, 10A C. C. Via Europa, Sl. 48

2830-002 Barreiro, Portugal

Tel: 967483602, 966022330 * Fax: 215812803

geral@marcobinha.com * www.marcobinha.com

é demonstrar como esse depoimento deveria ser colhido em face da Legislação portuguesa pelos Tribunais em Portugal e compará-lo como é realizado no Brasil.

DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA RELATIVAS A CRIME CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Conceito:

Em consonância com o número 2 os crimes artigo 271º do Código de Processo Penal procede-se sempre à inquirição do ofendido no caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior, sendo o juiz o profissional que é o responsável para recolher estas declarações, conforme ratifica a afirmação do artigo 294º do mesmo Código.

Ainda no artigo 271º daquele código, o número 4 dá as diretrizes à forma como deverá ser produzido esse testemunho:

“Nos casos previsto no nº 2, a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito”¹¹

Como se pode notar nesse ponto do artigo traz a forma como deverá ser conduzida as declarações do menor, explica como deve ser o ambiente e a importância de um técnico especialista habilitado a fazer o acompanhamento, aqui entra a figura do psicólogo.

Como se dá na prática na abordagem dessas declarações para memória futura em Portugal

A pergunta que se faz é, o que o legislador quis dizer quando fala em “ambiente informal”? O que se entende por um ambiente que não pareça uma sala de tribunal, algo não intimidador, podemos referir, talvez, um ambiente lúdico, um ambiente aconchegante, porque não?

Mas será que na prática esses “ambientes informais” existem? Pela prática

¹¹ Código de Processo Penal Português, Lei nº 57/2021, de 16/08, versão mais recente.

e vivência de audiências de memória futura referente a temática o que se observa é que o mesmo é feito em salas menores do que uma sala de audiência propriamente dita mas são salas com aspectos de uma sala de audiência, não deixando de ser informais, como preconiza o artigo em questão, elas são ambientes “frios” e sem “vida” e que não deixam de intimidar uma criança.

Os integrantes que compõem a produção das declarações basicamente são: o juiz, o procurador, o técnico que assiste o menor, os advogados das partes e a vítima, que estão acomodados como se estivessem em uma sala de audiências normal.

Continuando a respeito do número 4 do artigo 271º do Código de Processo Penal, o legislador faz a indicação que o menor precisa estar assistido por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento.

O que na prática realmente acontece é que o menor é apenas e literalmente “assistido”. Isto é, o técnico conferencia em segredo previa e imediatamente antes de entrar com a menor na sala e faz pouquíssimas intervenções ou praticamente nenhuma mesmo perante perguntas de um juiz que não deviam ser colocadas a uma criança.

As dúvidas do limite dos termos e sentido das perguntas que se poderiam colocar a um menor concreto e individualizado deveriam estar esclarecidas antes de ouvi-lo e sob uma forma adequada aos princípios do direito do processo penal.

Para ilustrar uma situação vivenciada e assim podermos compreender a ausência da intervenção de alguns técnicos, não por estar impedido, mas simplesmente pela sua inércia, vamos dar um exemplo dentre vários que poderíamos citar, mas esse realmente chocou a advogada que estava pelo arguido, no ano de 2021 numa audiência para declaração de memória futuras em um tribunal em Portugal, onde uma menor alegadamente teria sido molestada por um adulto e nessa audiência estava ela acompanhada por uma técnica. Por questões de preservação da privacidade de todos os envolvidos não serão colocados aqui os nomes e os dados do processo.

O Juiz iniciou suas atividades informando a menor do porquê que ela ali

estava e das razões para isso e pediu para ela explicar como se deram os factos, a menor ainda criança de uma personalidade tímida iniciou as suas declarações, declarou que houve carícia em seus seios e “selinhos na boca”, informou também que havia trocas de mensagens com o arguido de cunho sexual. O juiz ao tentar extrair mais detalhes meio que sem jeito soltou:

“olha você já é uma menina crescida e sabe o que é sexo, você já deve saber que sexo é quando há penetração do pênis na vagina, bom...apesar que as coisas estão meio que mudadas hoje em dia...mas deixa para lá. E também tem tipos de sexo o sexo anal que é aquele quando há a penetração do pênis no ânus e tem o sexo oral, que é quando o homem ou a mulher coloca a boca no órgão genitor do outro, quero saber se ocorreu algo desse tipo realizada pelo arguido?”.

A abordagem foi assim direta, sem balbucias, sem receios da menor estar a contar com aquele tipo de abordagem ou se de facto ela tinha mesmo conhecimento detalhado daquelas informações, observa-se que não houve nenhuma preocupação se a forma como foi questionado poderia de alguma forma prejudicar psiquicamente ou psicologicamente a menor.

A técnica em nenhum momento interrompeu o juiz, talvez por medo ou inexperiência na área, a advogada que ficou chocada com aquela super exposição daquela pobre menor, não via a hora daquela sessão se encerrar, segundo a mesma só faltou ao juiz desenhar para ilustrar os vários tipos de formas de sexo.

Indaga-se, por oportuno, se então será o juiz o profissional adequado a conduzir a produção das declarações dos menores vítimas sexuais? É evidente que a intenção é de se obter a verdade dos factos respeitando a privacidade das partes envolvidas com o respeito da ampla defesa e do contraditório, entretanto se se indaga a respeito do superior interesse da criança, será que nos moldes atuais eles estão sendo respeitados?

A forma como estão sendo conduzidas a extração das declarações dessas crianças vítimas de um crime não fazem das mesmas novamente vítimas de violência por outra forma, e pior feita pelos tribunais? Pois a prática aqui retratada não pode

ser considerada como um caso isolado, pois existem outras tantas experiências que poderiam ser aqui delineadas.

Como se dá a prática na abordagem das crianças vítimas de crimes sexuais no Brasil:

O nome que se dá para a declaração de memórias futura no Brasil, no caso de crianças e adolescentes vítimas de crimes violentos e sexuais é o chamado Oitiva de testemunha em depoimento especial pela Lei 13.431 de 4 de abril de 2017 cominado com a recomendação n. 33 de 23 de novembro de 2010.

O artigo 10 daquela Lei estabelece o local a ser realizada a diligência:

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

O ambiente tem que ser apropriado e acolhedor em um ambiente que garante a privacidade da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

Podemos ilustrar com imagens, algumas salas especializadas dos tribunais em alguns estados do Brasil:



Sala de depoimento especial em Natal¹²

¹² <https://www.cnj.jus.br/tres-comarcas-ja-contam-com-salas-de-depoimento-especial/>
27/10/2021.

Sala de depoimento
especial em
Barreirinha¹³



Sala de Depoimento especial
em Guimarães¹⁴

Ainda se tratando do artigo 12º daquela da mesma Lei uma lista de séries de procedimentos que devem ser adotados para o ato:

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

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

¹³ <https://portalam.com.br/sala-de-depoimento-especial-e-inaugurada-no-municipio-de-barreirinha/> consultado em 27/10/2021.

¹⁴ <https://wallacyatlas.com/guamare-e-o-primeiro-municipio-do-rn-a-regulamentar-o-fluxo-de-atendimento-de-escuta-especializada/> consultado em 27/10/2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se extrai do texto de Lei, no artigo 12º acima descrito, é que o profissional adequado, diferentemente de Portugal, não é o juiz, pelo menos não de forma direta, pois o responsável por dirigir as perguntas ao menor que irá adaptar as questões no linguajar do menor é o profissional especializado, o menor não vê a sala de audiência, não escuta nem vê os demais participantes da oitiva. A comunicação se dá entre juiz e o profissional especializado e da sala de audiência se vê o que ocorre na sala com o profissional e o menor.

O Juiz só será o interlocutor direto a pedido do menor, caso contrário segue a forma geral, conforme descrito acima.

Em regra, o profissional especializado que participa dessas diligências são os profissionais da área da saúde, nomeadamente os psicólogos que são profissionais que se gabaritaram e se especializaram para abordar diferentes assuntos e em qualquer idade extraindo informação evitando o risco de gerar mais trauma.

Relevante informar que esses psicólogos não são convocados aleatoriamente para a diligência, eles são psicólogos funcionários efetivos do tribunal e são revestidos de fé pública.

A NECESSIDADE DE UMA INTERVENÇÃO ADEQUADA AQUANDO DO DEPOIMENTO DOS MENORES EM CRIMES SEXUAIS E SUAS IMPLICAÇÕES

A realização de uma abordagem do testemunho das crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais de forma inadequada sem respeitar a privacidade, por profissionais sem preparo e sem que a vítima esteja preparada para a realização deste tipo de exame poderá aumentar ainda mais os traumas causados pela prática do crime, ensejando revitimização. O ambiente tem que ser acolhedor, sendo imprescindível a especialização dos profissionais e a sensibilização deles para lidar com essas pessoas que ainda estão em formação pessoal e cognitiva e que necessitam de um tratamento especializado diferenciado para não se sentirem mais amedrontadas do que já estão.

Afinal a falta de preparação é um denominador para mais traumatização

BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.

Av. do Bocage, 10A C. C. Via Europa, Sl. 48

2830-002 Barreiro, Portugal

Tel: 967483602, 966022330 * Fax: 215812803

geral@marcobinha.com * www.marcobinha.com

senão para novos traumas, considerando que irá trazer lembranças daquela criança fazendo com que ela reviva mais uma vez uma história que é para ela se esquecer.

Não se quer olvidar a necessidade do depoimento, mas que este seja feito da maneira menos traumática e com o menor prejuízo possível àquele menor.

CONCLUSÃO

O menor é um indivíduo que deve ser a todo o tempo cuidado e assistido, tendo sob holofote o dever de tutela do superior interesse da criança e adolescente.

Quando existe uma prática já exercida por qualquer órgão e em qualquer instância que trate de questões relativas aos menores, essas precisam sempre de estar em constante questionamento, isto é, de se indagar se os procedimentos realizados estão respeitando os menores, se não estão lhe trazendo nenhum prejuízo e se não há nenhuma violação nos direitos basilares fundamentais concernentes.

O que podemos observar é que no mínimo, a respeito da produção de depoimento dos menores em se tratando de crimes contra a liberdade sexual precisa ser revisto, questionando se o profissional mais adequado para a diligência é mesmo o juiz, se colocar um psicólogo ao pé de uma criança já atende o suporte que realmente este necessita e se o ambiente atualmente usado pelos tribunais para os depoimentos é mesmo o adequado.

O legislador dá a forma de como deve ser instrumentalizado os procedimentos, entretanto somente a prática ilustra se de facto as intenções do legislador foram alcançadas e se atende a todos os parâmetros da legislação em geral bem como se não fere direitos fundamentais.

A percepção que temos é de que o ambiente que o legislador quis dar a entender não foi uma sala menor que a sala de uma audiência, e de que pecou o legislador em relação ao profissional escolhido para conduzir a produção do depoimento, considerando que pela prática os psicólogos que ali deveriam estar, para dar o suporte, muitas vezes são apenas um adorno nas diligências.

A comparação com o formato do Brasil não necessariamente quer dizer que seria o melhor do mundo, contudo se for fazer a comparação Brasil e Portugal é inevitável concluir que a crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual estão melhores assistidos no Brasil que em Portugal, considerando que a prática no Brasil parece atender melhor aos direitos

BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.

Av. do Bocage, 10A C. C. Via Europa, Sl. 48

2830-002 Barreiro, Portugal

Tel: 967483602, 966022330 * Fax: 215812803

geral@marcobinha.com * www.marcobinha.com

basilares do menor que se investiga ter sido vítima de crime tão bárbaro e procurando evitar a revitimização da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – *Curso de Direito Processual Penal*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2017;
- JORGE, Figueiredo Dias - *Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João – *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação*. Coimbra: Editora Almedina, 2004, 2ª Edição;
- DE JESUS, Francisco Marcolino – *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Editora Almedina, 2019, 2º Edição;
- SANTOS, Gil Moreira – *Princípios e Prática Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 1º edição;
- DA SILVA, Germano Marques – *Direito Processual Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, 2º Edição;
- ALMEDINA – *Código de Processo Penal 2020*, Lisboa Editora Almedina, 12º Edição;
- ALMEDINA – *Código Penal 2021*, Lisboa Editora Almedina, 10º Edição;
- <https://www.cnj.jus.br/tres-comarcas-ja-contam-com-salas-de-depoimento-especial/> consultado em 27/10/2021;
- <https://portalam.com.br/sala-de-depoimento-especial-e-inaugurada-no-municipio-de-barreirinha/> consultado em 27/10/2021;
- <https://wallacyatlas.com/guamare-e-o-primeiro-municipio-do-rn-a-regulamentar-o-fluxo-de-atendimento-de-escuta-especializada/> consultado em 27/10/2021.