

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-180-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça, religião e gênero (#####), concretização de direitos fundamentais (#####), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (#####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (#####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR
2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.
4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA
5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.
6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL
7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA
8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE
9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

**A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE
PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR**

**LA REALIZACIÓN DEL MEJOR INTERESES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES
ANTE LA LEY Y UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA PARTICIPACIÓN EN
EL ABUSO SEXUAL DE PROCESO INTRAFAMILIAR**

Maria Aparecida Alkimin ¹

Resumo

O presente estudo tem como objetivo principal uma análise do princípio universal do superior interesse da criança e do adolescente, o qual norteia e fundamenta toda ordem jurídica internacional e interna que disciplina o sistema de proteção judicial e extrajudicial aos direitos fundamentais infanto-juvenis, bem como busca analisar e estabelecer um estudo descritivo e comparativo do direito de manifestação de expressão e opinião da criança e do adolescente vitimado pelo abuso sexual intrafamiliar, no processo judicial de abuso sexual, tendo-se em conta o critério objetivo e ligado à idade da criança e o critério subjetivo ligado à sua maturidade.

Palavras-chave: Criança, adolescente e jovem, Abuso sexual, Superior interesse

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene como objetivo un análisis del principio universal del interés superior del niño y el adolescente, que guía y todas las bases de la legislación internacional y nacional que rige el sistema de protección judicial y extrajudicial a los niños y los jóvenes busca analizar y establecer un estudio descriptivo y comparativo del derecho a la expresión de expresión y opinión del niño y adolescentes víctimas de abuso sexual intrafamiliar, el juicio por abuso sexual, teniendo en cuenta criterios objetivos y de la edad y del niño el criterio subjetivo ligado a su madurez.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Niño, adolescente y joven, Abuso sexual, Major interés

¹ Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae,

Introdução

O abuso sexual intrafamiliar compromete o desenvolvimento pleno e sadio da criança e do adolescente, revelando-se como sendo uma das mais graves violações a direitos humanos infanto-juvenis, visto que desestabiliza e interfere na formação física, psíquica, moral, social, familiar da criança e do adolescente, comprometendo as dimensões de seus direitos fundamentais, em especial do desenvolvimento sadio, o respeito, a liberdade, a dignidade, a saúde e a convivência familiar com espírito de paz, amor e fraternidade.

Todos os documentos internacionais ligados aos interesses da criança, seja de forma declarativa ou impositiva, consagraram os princípios da proteção especial e do superior interesse da criança e do adolescente, cujos princípios serviram para embasamento de toda ordem jurídica que compõe o sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente. Dessa forma, os Estados Partes, ratificantes das diretivas internacionais, devem adotar medidas políticas, administrativas e judiciais visando o melhor e superior interesse da criança.

No Brasil, a CF/88 através do art. 277, regulamentado pelo ECA, houve uma ruptura com a Doutrina da Situação irregular, onde o menor era considerado objeto de proteção do Estado, não detinha autonomia participativa, para implantação do novo paradigma, qual seja, o da Doutrina da Proteção Integral, com o reconhecimento da qualidade de sujeitos de direitos, inclusive, de participação, expressão e de opinião em assuntos que lhes digam respeito, inclusive, em processo judiciais que reflitam nos interesses da criança e do adolescente.

Dentro dessa linha, demonstrar-se-á através da presente pesquisa que o abuso sexual intrafamiliar caracteriza uma situação de risco, dano e perigo para a criança e o adolescente, exigindo a intervenção judicial e protetiva, sendo que o sistema de justiça também deve visar a concretização das garantias fundamentais da criança, dentre elas, o direito de participara do processo judicial de abuso sexual e de ser ouvida.

Contudo, demonstrar-se-á que as mazelas do sistema de justiça tendem a gerar a revitimação da criança e do adolescente vitimado pelo abuso sexual intrafamiliar, caso não seja implantado de forma efetiva o sistema de Depoimento sem Dano, disciplinado pela Convenção de Lanzarote, no âmbito da União Europeia, e no âmbito interno, pelo Conselho Nacional de Justiça.

1. O superior interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico

O superior interesse da criança e do adolescente é um princípio que norteia todo sistema internacional de proteção infanto-juvenil consagrado pelos documentos internacionais da ONU (Organização das Nações Unidas), cujos documentos internacionais integram a ordem jurídica dos países ratificantes desse sistema internacional de proteção especial infanto-juvenil ditado pela ONU, dentre eles o Brasil.

Trata-se, o superior interesse da criança, de um princípio-valor-regra que corresponde a uma extensão da proteção especial consagrada pela Declaração de Genebra dos Direitos das Crianças (ONU, 1924), onde foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, observando-se, contudo, que a referida Declaração exalta a proteção especial com efeito meramente de declaração de direito, sem o caráter cogente e vinculante, portanto, exprime “uma afirmação de caráter meramente moral, não encerrando obrigações específicas” (PEREIRA, 1999, p. 4) .

Nesse mesmo viés, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) incluiu o sistema de proteção especial, de forma meramente declarativa, declarando o direito da criança a cuidados e assistência especiais.

Na verdade, o documento internacional e de cunho declaratório que exaltou o superior interesse da criança foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que enfatizou em seu Segundo Princípio a proteção especial dispondo que:

A criança gozará de proteção especial e disporá da oportunidade e serviços, a serem estabelecidos e lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental e moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar lei com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, em seus artigos 23 e 24 consagra a proteção especial e de acordo com o superior interesse da criança e também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica de 1969, em seu artigo 19 estabelece que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, as sociedade e do Estado.”

Sem embargo da importância e relevância desses documentos internacionais de declaração da proteção especial e de acordo com o superior interesse da criança, o documento internacional de formulação legal em torno dos direitos humanos infanto-juvenis e de caráter impositivo é a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 que, na verdade,

não só exaltou como também ratificou a proteção especial e de acordo com o melhor e superior interesse da criança¹, considerada sujeito de direito, disciplinando expressamente em seu artigo 3.1 que “ Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

Portanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de proteção especial aos direitos humanos infante-juvenis que exige de cada Estado-Parte que o ratifica, a adoção de medidas, mecanismos e tomada de decisões de caráter protetivo e que atendam ao superior e melhor interesse da criança.

No âmbito do ordenamento jurídico interno o superior interesse e a respectiva proteção especial, tornando-se princípios, doutrinas e valor fundante de todo o sistema de proteção infante-juvenil, positivados sob o manto da Doutrina da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta, insculpidos no artigo 227 da CF, que não apenas incorporou na ordem jurídica interna a Convenção sobre os Direitos da Criança, como também positivou o superior interesse e a proteção especial, além de estabelecer esse artigo da CF/88 os direitos fundamentais infante-juvenis, sob a égide da trilogia da proteção integral: família, sociedade e Estado.

Uma vez positivado o princípio do superior interesse, assumiu o caráter de princípio-regra-valor, sendo que para Alexy “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (2009, p.85) , sendo certo que o superior interesse da criança orienta todo o ordenamento jurídico, tal como o Código Civil, Código Penal e CLT. Portanto, o princípio do superior interesse e da proteção integral possuem natureza de norma jurídica que define o sistema de proteção especial à criança e ao adolescente, tanto no âmbito constitucional, como infraconstitucional.

Canotilho afirma que as regras são normas que visam proibir, permitir ou tolerar certas condutas, ao passo que princípios são normas que exigem “a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” (2010, p. 1255). Nesse sentido, princípio é uma enunciação, não traz o aspecto da imposição, proibição ou permissão, tal como a regra; ele busca otimizar um direito ou um bem jurídico, portanto, são normas jurídicas de otimização de direitos (CANOTILHO, 2010, p. 1161), ou seja, “são

¹Criança: até doze anos incompletos (ECA, art.2º).*Adolescente: até 18 anos incompletos (ECA,art. 2º).*Jovem: dos 15 anos até 29 anos (Estatuto da Juventude, art. 1º., §1º. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu artigo 1º. Dispõe que: “Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2009, p. 90)

Dentro dessa ótica, o artigo 227 da CF/88 que foi regulamentado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069/90), encerra uma regra, um valor e um princípio, cujo ECA integra o sistema de especificação de Direitos, fruto da construção e reconstrução histórica dos direitos humanos, donde fez emergir categorias específicas de direitos humanos, cujas categorias específicas abrangem camadas populacionais em estado de vulnerabilidade, como é o caso da criança e do adolescente, do idoso, deficiente e consumidor, que exteriorizam uma condição especial de vida, de ser e de sentir, sendo certo que a especificação de direitos fundamentais tem o condão de estabelecer a igualdade material em matéria de concretização de direitos humanos.

Bobbio afirma que os direitos da criança estatuídos na Convenção sobre os Direitos da Criança “são considerados como um *ius singulares* com relação a um *ius commune*” (BOBBIO, 2004, p. 34) e certo que em razão da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o que justifica a proteção especial e integral e de acordo com o superior interesse do menor e com prioridade absoluta (art. 4º. ECA).

A doutrina jurídica da proteção integral incorporada pelo Brasil na CF/88 e no ECA, provocou uma mudança de paradigma na situação jurídica da criança e do adolescente, posto que o sistema de proteção estava calcado na doutrina jurídica da situação irregular originada do Código de Menores de 1979, que, na verdade, visava o menor em situação irregular, marginalizado, fosse no seio da família através do abandono ou maus tratos, fosse no seio da sociedade através da delinquência.

O revogado Código de Menores, em seu artigo 5º. fez previsão ao superior interesse da criança, dispondo que na aplicação do Código de Menores, a proteção aos interesses do menor se sobrepujam a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado; contudo, ao menor era destinado tratamento na condição de objeto de direito e não sujeitos de direitos, e, nesse sentido, a finalidade do Código de Menores era atribuir ao menor abandonado ou infrator uma medida assistencialista. Nesse sentido, como bem ressalta Tânia Pereira “o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz.” (1999, p. 13)

Diferentemente, a Doutrina Jurídica da Proteção integral incorporada pela CF/88 e pelo ECA, passou a reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos humanos e fundamentais, de caráter universais, e que, em razão da imaturidade física, psíquica, moral, social e espiritual dessa parcela da população em estado de vulnerabilidade, carecem de um

sistema de proteção especial, sob o manto da proteção integral, de acordo com o melhor e superior interesse e com prioridade absoluta, impondo o dever de proteção a esses direitos fundamentais à família, à sociedade e ao Estado.

Portanto, criança e adolescente são titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º. do ECA), cujo direitos são exercidos e tutelados com absoluta prioridade (art. 4º. ECA)², sendo certo que também possuem direitos fundamentais especiais previstos formalmente na CF (art. 227) e no ECA, cujos direitos são atribuídos sob o manto da proteção integral a cargo da família, da sociedade e do Estado, logo, criança e adolescente possuem direitos fundamentais superiores aos da população adulta, tanto em quantidade, em razão da inserção dos direitos e garantias fundamentais de forma dispersa na CF (art. 227) e no ECA, como em qualidade, posto que a concretização da proteção fica à cargo da família, da sociedade e do Estado.

Tanto os documentos internacionais, como o ordenamento jurídico interno, não estabelecem uma definição legal para o superior interesse da criança e do adolescente, apenas estabelece um critério de orientação, como se fosse uma cláusula geral de tutela aos interesses da população infanto-juvenil, revelando-se como sendo uma expressão indeterminada, contudo de importante relevância para o sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente; assim como, como fonte de orientação da posição da criança e do adolescente nas relações de família, notadamente quando pende litígio em torno da criança e do adolescente.

O superior interesse da criança tem a natureza de norma de conduta e de princípio, pois serve como paradigma de ação que deve ser seguida em relação aos aspectos da vida e do desenvolvimento do menor, sem perder de vista o aspecto de princípio geral ligado ao sistema de proteção e, portanto, norteia as relações jurídicas que envolve a participação do menor, impondo o dever de observância às normas ditadas pelo sistema de proteção, nas relações familiares, sociais, educacionais etc que cercam a criança e o adolescente.

² De acordo com o art. 4º. do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento os serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

2. Abuso sexual contra a criança e o adolescente

A violência sexual contra a criança e o adolescente é um problema não somente jurídico, político, social e econômico, é também um problema de saúde pública, conforme bem informa a Organização Mundial de Saúde (OMS), mobilizando profissionais da área da saúde, inclusive. Na verdade, toda e qualquer forma de violência contra a criança e o adolescente compromete o pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral, espiritual, intelectual e social da criança. As violências contra as crianças estão classificadas em 4 segmentos e que comprometem todo o Sistema de Garantias e de Proteção aos Direitos Humanos dessa população em peculiar condição de desenvolvimento, sendo eles: violência intrafamiliar; violência na escola; violência institucionalizada na sociedade; violência nas instituições de cuidados especiais e alternativos às crianças em conflito com a Lei.

A violência sexual no meio familiar, constitui-se como uma espécie de violência doméstica e é um grave atentado os direitos humanos da criança e do adolescente, agride seus direitos fundamentais em todas suas esferas, traduzindo-se em violência secreta (velada), visto que pouco denunciada, sendo o abuso sexual uma violência sexual que ocorre no contexto da família e fora do contexto familiar.

Dessa forma o abuso sexual será intrafamiliar quando algum membro da família pratica o ato abusivo e o abuso extrafamiliar envolve um elemento estranho ao agregado familiar: um estranho, um vizinho, professor, amigo etc. No ambiente familiar o abuso sexual também é considerado como abuso incestuoso, ou seja, quando há relação sexual entre pessoas do mesmo sangue, ligados a lações biológicas ou ligados por laços socioafetivos.

È justamente no abuso incestuoso que há maior incidência do secretismo, tornando-se o silêncio um dos maiores obstáculos para a intervenção do sistema de proteção à criança ou adolescente vitimado.

O abuso sexual no ambiente familiar é uma violência sexual que deixa marcas profundas no corpo e na alma da criança, compromete sua saúde física e psíquica, seu bem-estar, sua felicidade, enfim, representa uma grave violação aos seus direitos humanos e garantias fundamentais, inclusive o direito fundamental de convivência harmoniosa no seu da família.

Não existe uma definição jurídica precisa acerca do abuso sexual, contudo, como bem salienta Dias, deve-se considerar três dimensões em torno do abuso sexual, ou seja, a diferença de idade entre abusador e a pessoa abusada, o comportamento sexual específico e a intenção sexual; pondera ainda a autora que “é difícil determinar a intenção do abusador quando pratica

um acto sexual com a criança; nem sempre é evidente a natureza do comportamento sexual excepto nos casos em que existem evidências físicas decorrentes desse acto”. (DIAS, 2009, p. 101).

Para Magalhães (2002, p. 35, apud RIBEIRO, 2009, p. 52), o “abuso sexual traduz-se pelo envolvimento do menor em práticas que visam a gratificação e satisfação do adulto ou jovem mais velho, numa posição de poder ou de autoridade sobre aquele.”

No âmbito internacional os arts 19 e 34 da Convenção sobre os direitos da criança que os Estados partes adotarão medidas legislativas, administrativa, sociais e educacionais que visem proteger a criança contra todos os tipos de violências, inclusive, o abuso sexual.

O art. 227 da Constituição Federal Brasileira, que incorporou a proteção especial e integral adotada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, exaltou os direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente, protegendo a criança contra todo tipo de violência, destacando que a criança deve ser protegida e tratada com respeito, consideração, liberdade e dignidade, dispondo em seu parágrafo 4º. que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem sido um importante mecanismo na defesa das crianças e adolescentes contra a violência sexual, tanto intrafamiliar como extrafamiliar, impondo ao Estado a formação de uma agenda política com planos de emergência para enfrentamento da violência sexual contra a criança e adolescente com o estabelecimento de medidas e ações de prevenção, proteção, repressão e eliminação de todas as formas de violência sexual contra a criança.

O ECA, instrumento regulatório do art. 227 da CF, dispõe em seu artigo 5º que: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. No art. 15 do ECA está previsto que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Portanto, depreende-se que o Brasil incorporou as diretivas internacionais de proteção e de prevenção contra todas as formas de violência contra a criança e o adolescente, inclusive, a violência sexual que abrange o abuso sexual, a prostituição e exploração sexual.

3.Sistema de proteção e intervenção no caso do abuso sexual intrafamiliar

3.1 Intervenção protetiva e do sistema de justiça diante do abuso sexual da criança e do adolescente

Como se sabe, em torno do abuso sexual intrafamiliar existe o secretismo familiar que gera a ocultação dessa grave violência, violadora de direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente vitimado, sendo certo que a situação do abuso sexual abrange o aspecto da dupla vulnerabilidade, posto que afeta vulneráveis por natureza, ou seja, criança e adolescente, pessoas em formação física, psíquica, moral, social e espiritual, e o segundo motivo da vulnerabilidade é o fato de envolver pessoas ligadas por laços de parentesco consanguíneo ou socioafetivo, caracterizando grave violação ao dever de parentalidade responsável.

O abuso sexual de criança e adolescente, diante não apenas da situação de risco e perigo, mas também de grave violação a direitos humanos infanto-juvenis, impõe duas formas de intervenção concomitantes: a intervenção judicial através do sistema de justiça penal e cível, abrangendo a justiça especial ditada pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), onde através da justiça penal será procedida às investigações, perseguição criminal e penalização do ato criminoso tipificado pelo Código Penal; através da justiça cível e especializada haverá o afastamento cautelar do agressor, sem prejuízo, conforme o caso, da colocação em família substituta a criança ou adolescente vitimado. Além disso, haverá a intervenção protetiva buscando tutelar os direitos fundamentais violados e garantir bem-estar à criança ou adolescente vitimado, de acordo com o sistema de proteção integral e especial e de acordo com o melhor interesse.

Não obstante o ECA disciplinar a intervenção primária do Conselho Tutelar na hipótese de violação a direitos fundamentais infanto-juvenis, a intervenção judicial é primária no caso de abuso sexual intrafamiliar, inclusive com a tutela de urgência para afastamento da criança do ambiente lesivo ao seu sadio desenvolvimento, ou, mais comum, afastamento do agressor.

Por outro lado, mesmo que haja intervenção primária das entidades de proteção à criança e ao adolescente, o ECA impõe, diante da tipificação penal no Código Penal do abuso sexual e da tipificação constante no próprio ECA, a comunicação ao Ministério Público e autoridade judiciária.

Em matéria de intervenção judicial, deve-se atentar de forma muito especial ao sistema de proteção especial à criança e ao adolescente vitimados, bem como todo o

procedimento deve ser pautado no melhor e superior interesse dessa camada populacional vulnerável, devendo o processo judicial por abuso sexual ser dirigido com o cuidado especial para não intensificar o sofrimento da vítima e gerar o dano secundário, violando todo o sistema internacional e interno de proteção especial e de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente.

3.2 A oitiva e participação da criança no sistema de justiça no caso de abuso sexual

No âmbito judicial a criança tem direito de participar do processo na condição de vítima, testemunha, autor ou como objeto de perícia. no processo penal. A inquirição de crianças e adolescentes, visando atender ao princípio do melhor interesse, deve acontecer de forma natural, sob a forma de entrevista e não sob a forma de interrogatório, procedimento que torna a criança vitimada pelo abuso revitimada pelo sistema de justiça, sendo certo que a criança “se sente intimidada e dificilmente revela o que ocorreu, principalmente na presença do agressor” (KRETER, 1999, p. 393), portanto, o sistema de justiça deve lançar um “olhar” diferenciado para a criança depoente.

O direito à oitiva da criança vitimada pelo abuso sexual integra o sistema especial de justiça, sendo o direito de ser ouvida uma garantia fundamental, contudo, deve ser ouvida separadamente do agressor em ambiente que favoreça a sua espontaneidade e segurança emocional, inclusive, respeitando-se a vontade manifestada pela criança de ser ouvida no tempo que lhe aprouver, ou seja, não se pode fixar e impor dia e horário, deve noticiar à criança e deixa-la livre e à vontade, ou seja, é um direito fundamental que deve ser exercido e não exigido, logo, a oitiva deve atentar ao estado de vulnerabilidade e sensibilidade da criança.

O direito de ser ouvido envolve uma aceção estrita e outra ampla. No sentido estrito, entende-se como o direito que tem o menor de ser escutado por quem deve adotar uma resolução sobre questões que o afetam ou que afetarão. No sentido amplo, acaba abrangendo o estrito, contudo, se amplia para ouvir a opinião, desejo ou manifestação que deverá ser levada em conta pelo julgador, em maior ou menor medida, desde que se acolha em razão do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na Espanha, a audiência para oitiva do menor significa respeito à personalidade do menor e o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos, razão pela podem ser ouvidas as crianças que tenham necessário discernimento, cujo ordenamento espanhol outorga esse direito ao menor, por ser um “sujeto al que hay que conceder una especial protección, para que su opción sea oída por la persona que há de resolver sobre una cuestión que de forma directa o

indirectamente le afecta, para que dicha opinión sea tomada en consideración.” (RODA Y RODA, 2014, p. 202)

A doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol consagrou o direito de oitiva do menor como categoria de direito fundamental, dispondo que a sua vulneração pelos poderes públicos supõe violação do direito à tutela judicial efetiva regulada pela Constituição Espanhola (RODA Y RODA, 2014, p. 203).

Considerando o superior interesse da criança, o sistema de justiça deve atentar ao melhor e superior interesse e proporcionando uma perseguição e investigação criminal que evite a revitimização com uma justiça penal diferenciada, voltada para atender o melhor e superior interesse da criança vitimada pelo abuso sexual. Nesse sentido, a audiência deve se desenvolver de modo a deixar o menor plenamente livre para que narre os fatos, evitando-se perguntas capciosas e as sugestivas, devendo-se criar um ambiente positivo, visando deixar o menor à vontade.

O testemunho da criança é um ato importante para o processo crime de abuso sexual intrafamiliar, pois diante do secretismo tende a existir a ocultação posto que ocorre na intimidade do lar e o dano irreparável à criança que se estende por toda a vida e, por outro lado, é um meio de se obter prova criminal, e, muito embora a intervenção da criança no processo judicial de abuso sexual possa intensificar o sofrimento conforme o método de condução adotado, produzindo um efeito mais grave que o próprio abuso, por outro lado é uma maneira de permitir o reconhecimento como sujeito de direito e de participar do processo no sentido de se sentir segura para fazer valer o seu direito e se fortalecer para a continuidade do seu desenvolvimento, ressaltando-se que esse processo exige uma certa maturidade por parte da criança.

Contudo, a grande problemática que envolve a oitiva da criança vitimada pelo abuso sexual é a ineficácia do sistema de justiça, cujo sistema de justiça não está devidamente conceituado, organizado e implementado (RIBEIRO, 2009, p. 108), além disso, há fragmentação do sistema de proteção, e também uma séria deficiência de articulação entre o processo judicial e o processo de promoção e proteção (RIBEIRO, 2009, p.109), provocando na criança vitimada a vitimação secundária.

Para Ribeiro, independe da natureza do processo, a própria legislação e o dispositivo judicial apresentam “sérias dificuldades em lidar com situações que envolvam crianças, particularmente nas situações de abuso sexual, consideradas uma das formas de vitimação mais difícil de investigar e de abordar judicialmente.(2009, p. 110).

O direito do menor de ser ouvido em processo judicial, inclusive, que envolva abuso sexual, encontra-se regulado no âmbito jurídico internacional, sendo certo que a intervenção da criança através da sua oitiva no processo judicial em que é parte e que envolve seu interesse, é de caráter imperativo, portanto, “su inobservância puede suponer la nulidade de las actuaciones procesales posteriores, al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva del menor.” (RODA y RODA, 2014, p. p. 205)

De acordo com o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, é assegurado à criança e ao adolescente o direito de se manifestarem, expressando livremente a sua opinião, exigindo o critério objetivo ligado à idade e o subjetivo que está ligado ao grau ou nível de maturidade para depor em juízo em assuntos do seu interesse. Para ilustrar, assim dispõe o referido artigo 12:

- 1 – Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.
- 2 – Com tal propósito, proporcionar-se-á 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 de legislação nacional.

Trata-se de uma norma aberta no sentido de não fixar limite de idade para oitiva da criança, contudo, esse documento internacional ressalta que a oitiva da criança deve levar em conta a idade e a maturidade da criança e está implícito que deverá atender o melhor interesse da criança depoente.

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, visando concretizar o sistema protetivo referente à venda, prostituição infantil e à pornografia infantil, no art. 8º., estabelece que os “Estados partes assegurarão que, no tratamento dispensado pelo sistema judicial penal de crianças vítimas dos delitos descritos no presente Protocolo, a consideração primordial seja o interesse superior da criança” (n.3) e “os Estados Partes adotarão medidas para assegurar o treinamento apropriado, em particular treinamento jurídico e

psicológico, às pessoas que trabalham com vítimas dos delitos proibidos pelo presente Protocolo.” (n. 4)

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 24 também consagra a liberdade de opinião da criança que, inclusive, pode ocorrer em processo judicial através da oitiva como parte ou como testemunha, sem estabelecer limite etário para a oitiva da criança, contudo, exalta a questão da maturidade e da faixa etária que conduz a essa maturidade, ressaltando também esse documento internacional que a participação da criança deve atentar ao superior interesse da criança, assim dispendo o artigo 24 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

1.As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

No Brasil, o ECA regula a oitiva do menor em processo de colocação em família substituta, dispendo no parág. 1º. do art. 28 que a criança, sempre que possível será ouvida por equipe inter profissional respeitando-se o grau de desenvolvimento e maturidade para compreender a situação, devendo-se considerar a sua opinião. Denota-se que essa oitiva não ocorre em audiência, pode ocorrer fora das dependências da sala de audiência e até do fórum, na casa do menor, por exemplo. Além disso, o artigo não especifica se a oitiva será antes ou quando em curso o processo, podendo ser adotada como procedimento prévio à abertura da ação.

O mesmo artigo 28, parág. 2º., dispõe que o maior de 12 anos deverá manifestar seu consentimento para colocação em família substituta, cujo consentimento é manifestado em audiência, logo, trata-se de norma cogente, ou seja, o maior de 12 anos deverá consentir prestando depoimento, isso quando em curso o processo envolvendo colocação em família substituta.

Já no contencioso envolvendo destituição ou suspensão do poder familiar, sempre que o pedido resultar na modificação da guarda, a oitiva da criança ou do adolescente é obrigatória, desde que seja possível e razoável, devendo-se respeitar o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida. (Art. 161, parág. 3º., ECA)

Vislumbra-se nessa hipótese, que o legislador não especificou limite etário, mas adotou a diretriz traçada pela Convenção sobre os Direitos da Criança que autoriza o depoimento da criança em assuntos relacionados ao seu interesse, desde que se observe um limite etário e haja maturidade para validar o depoimento, e, no caso do limite etário, referido art. 161, parág. 3º. deve ser aplicado conjuntamente com o artigo 28, parág. 2º. do ECA, o qual estabelece a faixa etária superior a 12 anos.

Nesse sentido, tratando-se de menor vítima de abuso sexual, para a audiência de oitiva do menor vitimado, há necessidade da presença de dois requisitos, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. O requisito objetivo está relacionado à idade, ou seja, de acordo como ECA, há necessidade que o menor tenha mais de 12 anos e o requisito subjetivo é que tenha maturidade suficiente, ou seja, um desenvolvimento mental e psíquico próprio da idade.

Na Itália, a oitiva é aceita quando se atinge os 12 anos, mas é permitida em idade inferior, desde que tenha discernimento (RODA y RODA, 2014, p. 210). A legislação italiana também prevê que o menor, a partir dos 16 anos, em procedimentos de separação e divórcio onde figure seus interesses, pode propor demanda em processos iniciados por seus pais, para a defesa de seus interesses. (RODA y RODA, 2014, p. 210)

O direito espanhol dispõe que o menor pode exercer seu direito de participação, em qualquer procedimento judicial, que esteja diretamente afetado ou implicado, bastando que o procedimento afete sua esfera pessoal, familiar ou social. (RODA y RODA, 2014, p. 211). Tal como o ordenamento jurídico italiano, adota o critério objetivo etário de 12 anos, posto que nessa idade se considera que tem maturidade suficiente para se manifestar em juízo sobre assuntos de seu interesse; contudo, em idade inferior é possível que o menor seja ouvido, mas deve demonstrar o suficiente juízo, maturidade. Nesse sentido, se permite a partir dos 6 anos expor sua opinião ante o juiz e ante terceiros. (RODA y RODA, 2014, p. 213)

Para o direito espanhol, portanto, haverá possibilidade de ser ouvido o menor, desde que tenha suficiente juízo. Nesse sentido, não é necessário que tenha 12 anos, e sim que tenha maturidade suficiente, sendo certo que é o julgado que determina a maturidade do menor, independentemente da idade física do mesmo. (RODA y RODA, 2014, p. 222)

De acordo com o sistema português de oitiva da vítima menor, o art. 84 da Lei de Proteção à Criança e ao Jovem em Perigo (Lei n. 147/99, de 1 de setembro) dispõe que a criança pode ser ouvida de forma individual ou acompanhada por quem escolher. O sistema português considerou o impacto negativo e a possibilidade de revitimação da criança vitimada pelo abuso diante da oitiva em juízo, razão pela qual busca evitar a repetição do depoimento da vítima, seja como testemunha ou como parte.

O sistema jurídico português também criou o instituto da “declaração para memória futura”, que consiste em tomada de depoimento na fase de investigação em ambiente informal, sem acesso ao público e garantindo a total espontaneidade por parte da vítima, assistida por profissional com formação na área de assistência ou psicologia, cujo depoimento é tomado na presença do juiz (art. 271, CPP), evitando-se, dessa forma, a revitimação ou depoimento secundário que pode violar o superior interesse da criança..

Em contrapartida, a não oitiva da criança vitimada contrapõe ao sistema de garantias que prevê a liberdade de manifestação e opinião em matéria que diga respeito a esses sujeitos de direitos, sendo certo que o direito de informação e audição correspondem a direito de exercício da cidadania participativa, tratando-se de promoção de direitos humanos. Segundo Ribeiro, permitir que a vítima do abuso participe do processo “confere-lhe a sensação de maior controlo sobre os acontecimentos, diminuindo a sensação de impotência tão frequentemente experienciada pelas vítimas de abuso sexual.”(RIBEIRO, 2009, p. 103)

Por outro lado, como bem observa Ribeiro, “a visibilidade da violência contra a criança, a par do aumento das denúncias destas situações , leva a que a criança se constitua, actualmente, como uma presença incontornável no cenário judicial.” (2009, p. 101.)

A participação da criança ou do adolescente no processo judicial envolvendo abuso sexual intrafamiliar constitui-se em um processo de mão dupla, pois da mesma forma que pode ser uma “experiência emocionante”, também poderá gerar o efeito contrário, ou seja, torna-se uma experiência estressante, intensificando o sofrimento, agravando o “impacto do abuso ou mesmo ter um efeito traumático mais acentuado do que a vitimação primária.” (RIBEIRO, 2009, p. 102).

De fato, a experiência poderá se tornar traumática para a criança se tiver que depor mais de uma vez, fazendo-a reviver a situação de abuso, inclusive, em razão do pacto do silêncio gerado por temor da criança em relação à reação da família e também pelo fato de a criança se sentir “culpada”, e também gera o pacto do silêncio se o depoimento tiver que ocorrer n frente de pessoas estranhas e no ambiente forense, além da própria morosidade do sistema de justiça, que também tende a intensificar o sofrimento, pois a situação estressante se arrasta no tempo, gerando descrença.

Contudo, deve-se atentar ao superior interesse da criança, de forma que deve o sistema de justiça fomentar a participação das crianças, contudo, deve adequar as formas e procedimentos na condução da oitiva da criança, de forma especial, visando reduzir os efeitos negativos da participação em júízo.

No contexto do depoimento sem dano à criança e ao adolescente, a Convenção de Lanzarote (Convenção do Conselho da Europa para a proteção das crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais), em seu art. 35 dispõe quanto à audição da criança:

1 - Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para garantir que:

a) As audições da criança tenham lugar sem atrasos injustificados após a denúncia dos factos às autoridades competentes;

b) As audições da criança tenham lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito;

c) As audições da criança sejam efectuadas por profissionais com formação adequada a esse fim;

d) Se possível e apropriado, as audições da criança sejam efectuadas pelas mesmas pessoas;

e) O número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo;

f) A criança possa fazer-se acompanhar do seu representante legal ou, se apropriado, por um adulto da sua escolha, salvo decisão razoável em contrário no que se refere a tal pessoa.

2 - Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para garantir que todas as audições da vítima ou, se apropriado, com uma criança na qualidade de testemunha possam ser gravadas em vídeo e que as audições assim registadas possam ser aceites em tribunal como elementos de prova, segundo as regras previstas no seu direito interno.

3 - Sempre que haja incerteza quanto à idade da vítima e existam razões para crer que se trata de uma criança, são aplicáveis as medidas previstas nos n.ºs 1 e 2 até confirmação da sua idade.

A Convenção de Lanzarote, trata em seu art. 30, n. 2, e certo que implicitamente, do princípio do superior interesse em matéria de investigação criminal e processo judicial no caso de abuso sexual, dispondo que deve se adotar “uma abordagem protetora das vítimas, garantido que as investigações e os procedimentos penais não agravam o trauma vivenciado pela criança e que a resposta do sistema judiciário é acompanhada de apoio, se apropriado.”

Portanto, nos procedimentos judiciais que envolvam a oitiva do menor, principalmente no caso de abuso sexual, os mecanismos deverão ser exercidos de forma adequada a situação e ao desenvolvimento evolutivo da criança vitimada, cuidando da preservação da intimidade da criança e do adolescente, cuja oitiva deve se ajustar a uma forma entrevista e não interrogatório, conforme descrito alhures, com ambiente adequado para receber a criança e o

adolescente, ou seja, um espaço diferente do espaço da sala de audiência, separado da sede judicial, com decoração adequada à idade da criança, também a linguagem deve estar adaptada à faixa etária e maturidade, e, para tanto, deve haver um interlocutor que, por sua vez, deve ser um profissional da psicologia e da assistência social.

Trata-se, no caso, de se evitar a revitimização da criança, vítima de abuso sexual, cujo depoimento sem dano é a forma de se buscar evitar a intensificação do sofrimento da vítima e, ao mesmo tempo e dentro do possível, concretizar o seu direito fundamental de participar, opinar com o sistema de justiça no sentido de punir ao autor do abuso sexual.

Para o depoimento sem dano, recomenda-se que a vítima seja ouvida uma única vez, na presença de psicólogo e assistente social em uma sala reservada e preparada para acolher a criança com fotografias de crianças, desenhos e em local diferente daquele onde ocorre a audiência, onde haverá uma interligação por câmara entre a sala de oitiva da criança e a sala de audiência, onde ficam presentes o juiz, o promotor, o réu e seu advogado de defesa. Todo o depoimento é gravado em CD que depois vai para o processo. No depoimento sem dano o técnico utiliza um ponto no ouvido para escutar as perguntas formuladas pelo juiz, promotor e advogado do réu, transmitindo-as à vítima com linguagem e métodos adequados para cada faixa etária e de discernimento.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando concretizar o disposto no art. 3º da CDC que impõe aos Tribunais de Justiça, na adoção de medidas e decisões relativas às crianças, o atendimento “primacialmente” ao melhor interesse da criança, bem como o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança que assegura à criança que estiver capacitada e com maturidade a formular seu próprio juízo e de expressar suas opiniões em processos em envolvem seus interesses, bem como buscando atuar no sentido de se evitar o dano secundário ou revitimização da criança abusada sexualmente, editou a Recomendação nº 33 de 23/11/2010, instituindo, no âmbito do processo judicial, o sistema de “depoimento especial com profissionais especializados no caso de crianças e adolescentes vítimas e de testemunhas de violência”, também conhecido em relação à criança e o adolescente como sistema de Depoimento Sem Dano (DSD).

De acordo com o teor da Recomendação n. 33, o CNJ recomenda aos Tribunais de todo Brasil que criem serviços especializados para oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência, portanto, como partes ou como testemunha. Assim, o depoimento especial implica:

I – a implantação de sistema de depoimento videogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente

separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;

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

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

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

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

Dessa forma, está institucionalizado o depoimento vídeo gravado, em ambiente distinto da sala de audiências, devendo haver intervenção de profissional especializado na escuta, além disso a criança deve ser acolhida com cuidado especial e deve ser esclarecida do motivo e efeito do esclarecimento, tendo-se em conta, certamente, o nível de maturidade da criança e/ou adolescente.

Essa medida adotada pelo CNJ, visando o depoimento sem dano, é uma medida judicial que busca inibir a revitimização da vítima do abuso sexual através do processo judicial com métodos específicos para atender o melhor e superior interesse da criança e do adolescente, posto que a ausência de um sistema especial de justiça que proteja a criança e o adolescente em todas as fases processuais, notadamente, na fase do depoimento da vítima menor, configuraria um atentado aos princípios da proteção especial e integral e do superior interesse da criança e do adolescente.

Conclusão

À guisa de conclusão, denota-se que a assunção da condição de sujeitos de direitos fundamentais gerais e especiais, atribuiu à criança e ao adolescente o direito de participação em processo judicial, seja na qualidade de parte, seja na qualidade de testemunha, visto que a

participação em processo judicial que envolva seus interesses compõe o sistema de proteção especial e integral.

Contudo, a participação da criança em processo judicial, notadamente, quando se tratar de abuso sexual intrafamiliar, torna-se imperioso um sistema especial de justiça calcado no melhor e superior da criança, exigindo, diante do constrangimento e da tendência ao estabelecimento do pacto do silêncio, um trabalho multidisciplinar, além de mecanismos de condução de atos processuais, em especial, o depoimento pessoal, diferenciados, justamente para não gerar a revitimização com depoimento danoso ao superior interesse da criança, tornando o processo judicial um ato mais traumático que o próprio abuso vivenciado.

Por isso, a prática do depoimento sem dano, que envolve o cuidado especial e o melhor interesse da criança é o caminho para permitir o envolvimento da criança no processo judicial, cujo depoimento da criança é de suma importância para penalização do culpado, sem perder de vista a proteção especial e o melhor interesse, princípios basilares do sistema de proteção, que prevalecem, inclusive, sobre o *jus puniendi* do Estado.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed.(5ª. ed. Alemã). São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos**. In: **Cuidado & Vulnerabilidade**, Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (coord.); São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Maria Amelia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3. ed. São Paulo, SP: Cortez, 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria a Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010.
- DIAS, Isabel. **Violência na Família-Uma abordagem sociológica**. 2.ed.Porto-Portugal: Edições Afrontamento, 2010.
- ELIAS, Roberto João Elias. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *O princípio do melhor interesse face aos maus-tratos decorrentes do incesto*. In SILVA PEREIRA, Tânia da (coord.) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEANDRO, Armando Gomes. **Protecção dos Direitos da Criança em Portugal**. In: **Direito das Crianças**. MONTEIRO, A. Reis; LEANDRO, Armando Gomes; ALBUQUERQUE, Catarina de; ROCHA, Dulce; BARRETO, Ireneu Cabral; BENES, Roberto. Coimbra, Faculdade de Direito: Editora Coimbra, 2004.

PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva Marques. **Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de; *et al.* **Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança**.(Encontro de Trabalho-Julho de 2000). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Centro de Direito de Família. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.).**O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Catarina João Capela. **A Criança na Justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar**.(Psicologia).Coimbra-Portugal: Almedina, 2009.

RODA y RODA, Dionisio. **El interés del menor em el ejercicio de la patria potestade- el derecho del menor a ser oído**. 1. ed. Pamplona-Espanha: Thomson Reuters-ARANZADI, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.