

DIREITO AO CONFRONTO E DEPOIMENTO ESPECIAL

RIGHT OF CONFRONTATION AND PROTECTIVE MEASURES OF CHILD AND ADOLESCENT WITNESSES

DIOGO MALAN

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor-Adjunto de Processo Penal da UERJ e da FND/UFRJ. Advogado. ORCID: 0000-0001-7125-9894
diogomalan@uol.com.br

FLÁVIO MIRZA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UGF. Professor-Adjunto de Processo Penal da UERJ e da UCP Advogado. ORCID: 0000-0002-7309-4285
flaviomirza@gmail.com

Recebido em: 29.10.2019

Aprovado em: 02.06.2020

Última dos autores: 09.06.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Infância e Juventude

RESUMO: A Lei 13.431/17 inovou no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo procedimento probatório para oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, perante autoridade policial ou judiciária (*depoimento especial*). Malgrado o legislador tenha buscado maior grau de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (evitando assim sua vitimização secundária), ele desconsiderou o direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas contra si e seus corolários. A conclusão é que o procedimento em apreço possui cinco aspectos que causam restrições *desproporcionais* ao direito ao confronto do acusado, motivo pelo qual a Lei 13.431/17 deve ser interpretada conforme à Constituição.

ABSTRACT: Federal Statute 13,431/17 innovated in the Brazilian legal system, by establishing an evidentiary proceeding for taking statements from child or adolescent victims or witnesses of violence, before police or judicial authority (*special testimony*). Despite the fact that the legislator sought a higher degree of protection of the fundamental rights of children and adolescent victims or witnesses of violence (thus avoiding their secondary victimization), he disregarded the accused person's fundamental right to confront the witnesses against him and its corollaries. The conclusion is that the proceeding in question has five aspects that cause disproportionate encroachments on the accused person's right of confrontation, which is why Federal Statute 13.431/17 must be interpreted according to the Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao confronto – Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas – Proporcionalidade Lei 13.431/17.

KEYWORDS: Right of confrontation – Protective measures of children and adolescent victims or witnesses – Proportionality – Federal Statute 13.431/17.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito ao confronto. 3. Procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha. 4. Proporcionalidade das restrições ao direito ao confronto causadas pelo depoimento especial. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é estudar a problemática das restrições ao direito ao confronto (*right of confrontation*) do acusado causadas pelo procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha, previsto na Lei 13.431/17.

A justificativa é que se trata de inovação legislativa relativamente recente, portanto ainda carente, ao menos no campo do Direito Processual Penal, de construção teórica que proporcione aos intérpretes e aplicadores do Direito *standard* decisório adequado para solucionar os inúmeros problemas práticos que podem surgir ao ensejo da produção do sobredito depoimento especial.

Para tanto, este artigo será dividido em 3 partes.

Na primeira, far-se-á breve exposição sobre o direito ao confronto no sistema processual penal brasileiro, com ênfase na sua estrutura normativa e âmbito de proteção.

Na segunda, se buscará descortinar as origens históricas e características do procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha, previsto na Lei 13.431/17.

Na derradeira, se almejará demonstrar as múltiplas e significativas *restrições* causadas pelo precitado depoimento especial ao direito ao confronto do acusado, buscando avaliar se essas restrições são *proporcionais* ou não.

A abordagem teórica é baseada no método *dedutivo*, mediante ampla coleta de material bibliográfico consistente em livros e artigos científicos, nacionais e estrangeiros, sobre direito ao confronto e depoimento especial, além de sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH) que guardem relação de pertinência temática com o objeto de estudo eleito.

Importante advertir que nesta investigação adotar-se-á enfoque *dogmático*, circunscrito à interpretação da Lei 13.431/17 na perspectiva da ponderação entre o direito fundamental do acusado a confrontar testemunhos incriminadores e os direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha de crime.

Portanto, o recorte epistemológico eleito é excludente de questões multidisciplinares relativas ao sobredito diploma legal (v.g. as *falsas memórias* espontâneas e sugestivas de infantes e adolescentes; legitimidade ética da intervenção do psicólogo etc.).¹

2. DIREITO AO CONFRONTO

As origens históricas do direito ao confronto, malgrado obscuras, ao que tudo indica, remontam às práticas judiciárias inglesas do Século XVII.²

Aquela época era relativamente comum que acusações por crimes graves – notadamente traição à Coroa – fossem feitas com base em declarações escritas, produzidas de forma inquisitiva, em substituição ao depoimento presencial da vítima e testemunhas de acusação durante o julgamento.

Como reação política às arbitrariedades, erros e injustiças causadas pelas sobreditas práticas persecutórias inquisitivas, os acusados de traição à Coroa começaram a gozar de garantias processuais mais robustas, movimento que culminou com a edição da Lei de Traição (*Treason Act*) de 1696.³

Tal diploma assegurou os acusados os direitos: (i) à vista e à obtenção de cópias dos depoimentos escritos de testemunhas, colhidos na fase de investigação preliminar; (ii) à entrevista com advogado (*advise with counsel*), uma vez

1. Nessas perspectivas, ver: ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranoico” (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151-176.
2. Sobre o tema, ver: POLLITT, D. H. The right of confrontation: its history and modern dress. *Journal of Public Law*, v. 8, p. 381-413, 1959; SHAVIRO, Daniel. The confrontation clause today in light of its common law background. *Valparaiso University Law Review*, n. 26, p. 337-366, 1991.
3. SHAPIRO, Alexander. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696. *Law and History Review*, n. 11, p. 215-255, 1993.

formalizada a acusação; (iii) à defesa plena (*full defense, by counsel*), abarcando os direitos a inquirir testemunhas e dirigir aos jurados argumentos sobre o mérito da causa, tendo a defesa direito à última palavra (*last word clause*); (iv) à prova defensiva, incluindo o compromisso legal das testemunhas de dizer a verdade e o seu comparecimento compulsório.⁴

Tal Lei de Traição veio à baila após a Revolução Gloriosa de 1688, por pressão do parlamento, que estava ciente da necessidade de se evitar práticas inquisitivas comuns durante o regime político anterior: acusações de *traição* feitas com o indisfarçável propósito de eliminar dissidentes políticos.⁵

Como tais acusações eram sempre feitas por advogados, com frequência pelo próprio Procurador-Geral da Coroa, percebeu-se no parlamento a injustiça e o desequilíbrio inerentes ao julgamento por crime de *traição*, à míngua de defesa técnica em favor dos acusados.

Nos Estados Unidos da América, a constitucionalização do direito ao confronto decorreu, aparentemente, de reação política dos colonos à legislação inglesa sobre comércio e navegação, que impunha pesada tributação e sérias restrições ao comércio feito pelas colônias. A resistência dos colonos a essa legislação se baseava não só na falta do seu consentimento (*no taxation without representation*), mas igualmente na forma pela qual ela era aplicada pelas autoridades inglesas.

Àquela época, eram encorajadas delações premiadas sobre violações à legislação aduaneira, mediante o pagamento de metade dos bens confiscados e de anonimato aos delatores. O julgamento era feito por tribunais marítimos (*admiralty courts*), nos quais não havia jurados e o julgamento se baseava em declarações escritas de testemunhas, ou em depoimentos colhidos a portas fechadas pelo juiz.

Assim, tais métodos inquisitivos na aplicação da legislação comercial e alfandegária pelos tribunais marítimos ingleses são o principal motivo que levou os colonos a incluírem o direito ao confronto na VI Emenda da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), integrante da Constituição norte-americana.

Essa Emenda prevê uma série de garantias processuais do acusado, entre as quais a seguinte: “em todas as persecuções penais o acusado terá o direito (...) a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si” (“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him”).

4. LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. London: Oxford University Press, 2003. p. 86 e ss.

5. *Ibidem*, p. 78 e ss.

Por influência da cultura jurídica da família da *common law*, tal direito fundamental foi consagrado no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.⁶

Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê, em seu artigo 14.3.e, que toda pessoa acusada de delito tem direito à garantia mínima de “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu artigo 8.2.f, que tal pessoa tem direito a “inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Assim, é lícito concluir que o direito ao confronto foi incorporado ao nosso catálogo de direitos fundamentais individuais, por força do artigo 5º, § 2º do texto magno.

No plano da legislação ordinária, o direito ao confronto ora está consagrado no artigo 111, II, da Lei 8.069/90, que assegura ao adolescente acusado de ato infracional as garantias da “igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa”.

Para fins de conceito universal do direito ao confronto – enquanto componente indissociável de qualquer concepção civilizada de julgamento justo (*fair trial*)⁷ – a expressão “testemunhas”, contida nos sobreditos dispositivos convencionais, inclui *quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras*, pouco importa se *antes* ou *durante* o julgamento, e independentemente da sua qualificação jurídico-formal.

A ideia central, à luz das origens históricas e valores ético-políticos subjacentes ao direito ao confronto, é a seguinte: todo o saber testemunhal incriminador, passível de valoração pelo juiz na sentença, deve ser produzido de forma *pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição* deste último. Logo, as declarações de determinada testemunha não podem ser admitidas como elemento de prova contra o acusado, a não ser que tenham sido prestadas nas sobreditas condições.⁸

6. AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 88.

7. SKLANSKY, David Alan. Confrontation and fairness. *Texas Tech Law Review*, n. 45, p. 103-111, 2012.

8. FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. *Georgetown Law Journal*, v. 86, p. 1.011-1.043, 1998; FRIEDMAN, Richard. “Face to face”: rediscovering

Importa reconhecer que o direito ao confronto não se limita a assegurar a presença e a participação do acusado na inquirição daquelas testemunhas que efetivamente forem apresentadas durante a sessão de julgamento.

A bem da verdade, tal direito fundamental *impõe* que a produção de todo o saber testemunhal incriminador, passível de valoração pelo juiz na sentença, se dê durante o julgamento (ou, no mínimo, em audiência preliminar revestida das mesmas condições da audiência de julgamento), sob pena de inadmissibilidade do elemento probatório.

Para fins de incidência do direito ao confronto, deve ser considerada *testemunha de acusação* qualquer pessoa que preste *declaração testemunhal* incriminadora do acusado. Tal fonte de prova se qualifica como *testemunha de acusação*, independentemente: (i) do procedimento probatório instituído para a incorporação das suas declarações; (ii) da sua qualificação jurídico-formal (v.g. *ofendido*; *informante*; *corrêu*; *declarante*; *testemunha*; *assistente de acusação*; *parte civil*; *perito* etc.) por determinado ordenamento jurídico.

O atual *leading case* sobre o direito ao confronto é *Crawford v. Washington*, julgado pela Suprema Corte norte-americana (SCOTUS) em 2004.⁹

Nesse caso, o acusado foi condenado por lesão corporal e tentativa de homicídio, por ter esfaqueado homem que teria tentado estuprar sua companheira. Durante o julgamento, foi exibida para os jurados a gravação de depoimento policial prestado pela companheira do acusado, como prova de que o acusado não teria agido em legítima defesa. A fonte pessoal dessa prova não estava disponível para depor durante o julgamento, em razão de regra de proibição de prova (*marital privilege*), da qual o acusado não abriu mão. O acusado então alegou que a exibição de gravação de testemunho policial prestado por pessoa ausente ao julgamento caracterizava violação ao seu direito ao confronto previsto na VI Emenda.

Nesse precedente, foi limitada a incidência do direito ao confronto direito às declarações de cariz *testemunhal*, embora a Corte tenha propositadamente postergado a definição conceitual precisa e exaustiva do que vem a ser uma declaração *testemunhal*. Não obstante, consta desse acórdão conceito *mínimo* de declaração *testemunhal*, que abarca declarações prestadas: (i) em audiências preliminares ao julgamento; (ii) perante júris de instrução (*grand juries*); (iii) em outros processos judiciais; (iv) em sede policial.

the right to confront prosecution witnesses. *The International Journal of Evidence and Proof*, n. 8, p. 01-30, 2004.

9. 541 U.S. 36 (2004).

Além disso, a SCOTUS decidiu que, se uma declaração testemunhal é apresentada para comprovar a veracidade de seu conteúdo, ela *não* pode ser admitida em juízo, a não ser que o acusado tenha a oportunidade de confrontar o autor dessa declaração.

Por derradeiro, foi decidido que, nas hipóteses em que o autor da declaração extrajudicial está indisponível para prestar depoimento durante o julgamento, tal declaração pode ser admitida em juízo, desde que o declarante naquela ocasião anterior tenha sido confrontado pelo acusado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que o direito ao confronto (artigo 6.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos) é corolário específico do direito ao *juízo justo* (*fair hearing*), devendo ser levado em consideração em qualquer julgamento sobre a *justiça global* dos procedimentos judiciais.

O dispositivo convencional em apreço consagra o princípio de que, antes que o acusado possa ser condenado, todas as provas incriminadoras normalmente devem ser produzidas na sua presença e em julgamento público, visando à argumentação em contraditório (*with a view to adversarial argument*).

Exceções podem ser admitidas, desde que elas não violem as garantias de defesa – que, como regra geral, exigem que o acusado tenha oportunidade *adequada* e *apropriada* para confrontar e inquirir a testemunha contra si, seja contemporaneamente ao depoimento, seja durante fase posterior dos procedimentos.

Tais exceções são admissíveis desde que preenchidas duas condições cumulativas: (i) existência de *fundada razão* para o não comparecimento da testemunha incriminadora ao julgamento; (ii) a inexistência de condenação baseada, de forma *exclusiva* ou *preponderante*, em testemunhos incriminadores que o acusado não teve oportunidade de confrontar, durante a investigação ou o julgamento (a chamada “sole or decisive rule”).¹⁰

Quando a condenação estiver baseada exclusiva ou preponderantemente em declarações testemunhais incriminadoras não confrontadas pelo acusado, haverá violação ao artigo 6.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a não ser que haja *suficientes fatores de contrapeso*, tais como garantias processuais fortes, que assegurem a justa e apropriada valoração da *confiabilidade* da prova.¹¹

10. TEDH, caso Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido, sentença de 15 de dezembro de 2011, §§ 118-119.

11. TEDH, caso Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido, sentença de 15 de dezembro de 2011, § 147. Tal exceção é criticável porque: (i) superestima tais *fatores de contrapeso*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, considera que o direito ao confronto (artigo 8.2.f da Convenção Americana de Direitos Humanos) materializa os princípios do *contraditório* e da *igualdade processual*, consagrando o direito de examinar testemunhas de acusação e defesa, sob as mesmas condições.

Não obstante, a CIDH entende ser possível a adoção de medidas de proteção com fundamento nos direitos convencionais da testemunha à vida, à integridade, à liberdade e à segurança.¹²

Nesse contexto, a Corte de San José adota os precitados *standards* do Tribunal Europeu, exigindo *fatores de contrapeso* que compensem as restrições causadas ao direito ao confronto, e que a condenação não esteja baseada exclusiva ou preponderantemente em provas não submetidas ao paradigma do direito ao confronto. Além disso, a CIDH recomenda extrema precaução na valoração judicial de provas dessa natureza (no caso concreto, testemunhas *anônimas*), a qual deve ser feita em conjunto com o restante do acervo probatório, as observações e objeções da defesa e conforme o sistema da *persuasão racional (sana crítica)*.¹³

Quanto à sua estrutura normativa, o direito ao confronto é complexo, abarcando o direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência *pública*; (ii) a *presenciar* a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal *na presença* do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a *verdadeira* identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma *contemporânea* à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar, de forma livre, reservada e ininterrupta, com o seu defensor técnico durante a inquirição das testemunhas.¹⁴

como meios supostamente idôneos para superar a injustiça de condenação baseada em prova não confrontada pelo acusado; (ii) abre perigoso precedente de restrição, que pode vir a ser estendido a outras garantias convencionais do acusado (BIRAL, Marianna. The right to examine or have examined witnesses as a minimum right for a fair trial. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 22, p. 331-350, 2014).

12. CIDH, caso Norín Catrیمان e outros vs. Chile, sentença de 29 de maio de 2014, §§ 241-243.

13. CIDH, caso Norín Catrیمان e outros vs. Chile, sentença de 29 de maio de 2014, §§ 246-247.

14. MAFFEI, Stefano. *The European right of confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006. p. 23 e ss.; MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 74 e ss.

A publicidade dos atos de produção probatória testemunhal serve a *dúplice* propósito. Do ponto de vista *endoprocessual*, ela reduz os riscos de extração de declarações sob coação, além de servir como incentivo para a veracidade das testemunhas. Já na perspectiva *extraprocessual*, ela assegura a transparência da gestão probatória judicial, facilitando seu controle social e contribuindo para uma percepção social respeitosa acerca da legitimidade do sistema de administração da justiça criminal.

O direito de presença do acusado nos atos processuais se justifica pela ideia de que é mais fácil contar inverdade sobre alguém pelas costas do que face a face. Ademais, tal direito permite ao acusado identificar a aparência física das fontes de prova testemunhal, o que pode ser imprescindível para sua estratégia defensiva, dado que nem sempre o acusado tem a oportunidade de vislumbrar tais fontes antes da audiência de julgamento.

A presença do julgador do mérito nesses atos processuais também é imprescindível, na medida em que o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho é formado não só a partir do seu *conteúdo*, como também da observação do *comportamento* da fonte de prova.

A imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas, malgrado não seja garantia absoluta de veracidade, desestimula depoimentos mentazes, máxime ante a sanção penal cominada pela vasta maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais ao agente que falseia a verdade ao prestar depoimento.

O direito a conhecer a *verdadeira* identidade das fontes de prova testemunhal é essencial tanto para a efetividade de seu exame cruzado quanto para a argumentação defensiva sobre a credibilidade dessas fontes, por ocasião da fase de valoração da prova testemunhal. Assim, o conhecimento sobre a real identidade das testemunhas faculta ao acusado arguir a sua falta de credibilidade.

O direito a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma *contemporânea* à produção da prova, talvez seja o consectário associado com maior frequência ao direito ao confronto, malgrado este último não se esgote nele. Quanto à *credibilidade* da fonte de prova, seu objetivo é demonstrar ao julgador do mérito que ela não é confiável por algum motivo. Por outro lado, quanto aos *atos narrados*, o propósito da inquirição é mitigar os efeitos desfavoráveis do depoimento sobre o julgador, extraindo-se eventuais inconsistências ou contradições, forçando a testemunha a modificar seu relato, ou até mesmo a admitir a inverdade de suas declarações. Ademais disso, o exame por parte do acusado ainda se presta ao papel de tentar obter informações favoráveis a ele, não relatadas pela testemunha até então.

Essa dimensão não exige que o depoimento das testemunhas de acusação seja produzido via uma técnica processual específica (v.g. *cross-examination* etc.), podendo haver mediação do juiz (*sistema presidencialista*).

Não obstante, o direito ao confronto exige que sejam preenchidas algumas condições mínimas ao ensejo da produção da prova.¹⁵

Em primeiro lugar, o acusado deve ter oportunidade *efetiva* de introduzir, durante o ato processual, fatos inconsistentes com o relato da testemunha, ou insinuar nova versão dos fatos que seja mais favorável a ele. Não satisfaz tal condição o mero encaminhamento prévio de perguntas *por escrito* para a testemunha, na medida em que, nessas circunstâncias, o acusado não tem como modificar estrategicamente a sua linha de questionamento, conforme a dinâmica da evolução do testemunho.

Ademais, o acusado também deve ter oportunidade *efetiva* de questionar a credibilidade da testemunha, arguindo fatos atinentes a caráter ou a suspeição, podendo observar as reações da testemunha. Logo, idealmente o acusado deve ter a testemunha em seu campo visual durante todo o depoimento, a fim de poder apreender a atividade comunicativa dela, em seus três níveis: *verbal*, *paraverbal* (tom, ritmo, volume da voz e emprego da linguagem) e *não verbal*, que consiste na linguagem corporal com um todo, incluindo tanto os comportamentos *voluntários* (v.g. foco do olhar; gestual; expressões faciais etc.) quanto os *involuntários* (v.g. sudorese; gagueira; tremor etc.).¹⁶

Por fim, o acusado deve poder se comunicar, de forma livre, reservada e ininterrupta, com seu defensor técnico durante todo o ato processual de inquirição das testemunhas de acusação. Tal direito é importante porque podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consegue detectar. Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las durante o exame cruzado da testemunha.

É lícito concluir que o direito ao confronto serve a variados propósitos: garantir a veracidade dos testemunhos; prevenir comportamentos impróprios por parte do Estado e seus agentes, consubstanciados na utilização proposital de elementos probatórios de qualidade inferior (por vezes obtidos mediante coerção); e demonstrar respeito pelo cidadão acusado, no plano simbólico.

15. MAFFEI, Stefano. Op. cit., p. 28 e ss.

16. ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità: aspetti giuridici, sociolinguistici e di comunicazione*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 138. Nesse sentido, se aduz que o meio de prova testemunhal é estruturalmente *complexo*, abrangendo tanto a narrativa dos fatos quanto o comportamento pessoal do narrador. Assim, é necessária a participação pessoal do responsável pela inquirição da testemunha, para que ele possa aferir a credibilidade da fonte de prova (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 151-152).

Portanto, o direito ao confronto possui conteúdo normativo *tridimensional*: *processual*, *probatório* e *simbólico*.

Quanto à primeira dimensão, o propósito do legislador foi o de prevenir práticas autoritárias por parte do Estado, consubstanciadas na substituição da prova oral produzida em audiência por declarações testemunhais escritas, produzidas antes de julgamento e forma inquisitiva.

No que tange à dimensão *probatória*, é lícito deduzir que o direito ao confronto possui valor *heurístico* ou *gnoseológico*, servindo de instrumento para o esclarecimento dos fatos, ao propiciar potencial incremento da confiabilidade dos elementos de prova.

Em primeiro lugar, ele minimiza os riscos de que as declarações testemunhais incriminadoras sejam fruto de coação ou intimidação, devido à publicidade que cerca sua colheita.

Além disso, ele assegura ao acusado a oportunidade de explorar as deficiências das declarações das testemunhas incriminadoras. Assim, o fato de a testemunha prestar declarações em público, sob compromisso legal de dizer a verdade e na presença do acusado, contribui para desencorajar falsos testemunhos, ou aumentar as chances de sua detecção. Por derradeiro, ele facilita a observação direta, por parte do julgador, do comportamento e da linguagem corporal da testemunha, o que potencialmente contribui para a correção da valoração judicial do elemento probatório testemunhal.

Por fim, no que toca à dimensão *simbólica*, o direito ao confronto também serve a importante propósito, pois o encontro face a face entre testemunha de acusação e acusado pode ser considerado componente essencial do processo penal intrinsecamente *justo*.¹⁷

Nesse sentido, o direito ao confronto é indicativo de processo penal que incorpora o valor do respeito à dignidade do acusado, ao permitir sua participação *pessoal*, *igualitária* e *ativa* nos procedimentos judiciais que afetam seus interesses. Por conseguinte, tal tratamento do acusado reforça a percepção social acerca da justiça ínsita ao funcionamento de administração da justiça criminal.

Do ponto de vista moral, o direito ao confronto pode, ainda, ser caracterizado como corolário da responsabilidade moral das testemunhas, pois há valores culturais que consideram abominável e covarde a prática de formular acusações de forma anônima ou às escondidas.

17. MASSARO, Tony. The dignity value of face-to-face confrontations. *University of Florida Law Review*, n. 40, p. 863-918, 1988.

Expostos os consectários lógicos que integram a estrutura normativa do direito ao confronto, é possível afirmar que nosso sistema processual, de uma forma geral, é compatível com o paradigma do direito ao confronto.

De fato, nosso texto magno prevê o princípio da publicidade dos atos processuais em seus artigos 5º, LX e 93, IX.

O nosso Código de Processo Penal, por sua vez, reitera tal princípio em seu artigo 792, além de disciplinar no seu Título VII (“Da prova”), Capítulo VI (“Das testemunhas”) o procedimento probatório do meio de prova testemunhal (artigo 202 e seguintes).

Trata-se, portanto, de meio de prova *típico* em nosso ordenamento jurídico, cujo procedimento é informado pelos demais corolários do direito ao confronto: (i) oralidade (artigo 204); (ii) presença do acusado (artigos 217 e 260) e de seu defensor técnico (artigo 261); (iii) presença do julgador do mérito da causa (artigo 212); (iv) imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas (artigo 203); (v) conhecimento do acusado acerca da verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal (artigos 203 e 205); (vi) inquirição das testemunhas adversas pelo defensor técnico do acusado, contemporaneamente à produção da prova testemunhal (artigo 212).

Por outro flanco, a principal deficiência do nosso Estatuto Processual Penal é omitir uma proibição expressa de a sentença penal se basear em declarações testemunhais incriminadoras, produzidas fora dessas circunstâncias do procedimento probatório testemunhal.

Em que pese tal omissão, a estruturação de procedimento probatório informado pelo paradigma do direito ao confronto tem por consequência natural a *inadmissibilidade* das declarações testemunhais produzidas sem o respeito a esse direito fundamental.¹⁸

Trata-se de corolário da cláusula do devido processo legal: “as regras que disciplinam a formação e a produção das provas integram a garantia do devido processo legal, e sua inobservância conduz à invalidade e à exclusão da prova”.¹⁹

Se as declarações testemunhais incriminadoras produzidas fora do paradigma do direito ao confronto não podem ser valoradas pelo juiz na sentença, a solução preferível é sua *exclusão física* dos autos do processo judicial, a fim de se

18. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 169-170.

19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova no processo penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 23-40, jan.-jul. 1976.

prevenir o risco de que o teor dessas declarações influencie, ainda que de forma inconsciente, o convencimento do juiz acerca dos fatos sob julgamento.

3. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA

O recorte epistemológico efetuado exclui aprofundamento sobre questões tais como os fundamentos filosóficos da extensão às crianças e adolescentes da titularidade dos direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos a adultos.²⁰

Para fins do presente estudo, basta *enunciar* que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são consagrados pelo sistema internacional de Direitos Humanos.

Com efeito, o artigo 39 da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/90) dispõe que os Estados devem adotar medidas apropriadas para fomentar a recuperação física e psicológica, além da reintegração social, de crianças vítimas de qualquer forma de negligência, exploração ou abuso, tortura ou qualquer forma de tratamento ou punição cruel ou desumana, ou conflitos armados, em ambiente que promova a saúde, autoestima e dignidade das crianças.²¹

Ademais disso, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução 20/2005, contendo *Diretrizes sobre questões judiciais envolvendo crianças vítimas e testemunhas de crimes*.

Avulta a importância dos *princípios transversais* previstos em seu item III, de cumprimento obrigatório por profissionais e outros responsáveis pelo bem-estar de crianças vítimas e testemunhas de crimes, para assegurar a justiça: (i) *dignidade*: toda criança é ser humano único e valioso, sendo sua dignidade, necessidades, interesses e privacidade merecedores de respeito e proteção; (ii) *não discriminação*: direito à tratamento justo e igualitário, independentemente de raça, etnia, cor, gênero língua, religião, opinião, nacionalidade, origem, incapacidade, nascimento ou outro *status*; (iii) *melhor interesse*: direito à consideração prioritária do seu melhor interesse, embora os direitos do acusado devam ser protegidos; (iv) *proteção*: direito à vida e à proteção contra qualquer

20. Nessa perspectiva teórica, ver: DAILEY, Anne. Children's constitutional rights. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 2.099-2.179, 2011.

21. Sobre tal Convenção, ver: SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 5-13, 1999.

forma de sofrimento, abuso (físico, psicológico, mental ou emocional) ou negligência; (v) *desenvolvimento harmonioso*: direito à oportunidade de desenvolvimento harmonioso e a padrão de vida adequado ao crescimento físico, mental, espiritual, moral e social. Caso a criança tenha sido traumatizada, todas as medidas devem ser adotadas para assegurar seu desenvolvimento mental saudável; (vi) *direito à participação*: direito à liberdade de expressão, em suas próprias palavras, e a contribuir especialmente para decisões judiciais que afetem sua vida, mediante valoração judicial compatível com suas habilidades, idade, maturidade intelectual e desenvolvimento.

São destacáveis os itens XI (*Direito à proteção contra sofrimento durante o processo judicial*) e XIV (*Direito a medidas especiais de prevenção*) da Resolução em apreço.

O primeiro exige que os profissionais adotem medidas para prevenir sofrimento durante a investigação e o julgamento, a fim de assegurar o respeito ao melhor interesse e à dignidade de vítimas e testemunhas infantis.

Tais medidas incluem postura sensível, acolhedora e informativa dos profissionais, com planejamento e acompanhamento contínuo da criança durante sua participação; tramitação prioritária da investigação e do processo criminal; *uso de procedimentos especiais* (v.g. salas de audiências adaptadas; serviços interdisciplinares; pausas durante depoimentos; horários compatíveis com a idade e maturidade da criança; limitação quantitativa de depoimentos por gravações audiovisuais; separação física do acusado durante o depoimento; participação de peritos em Psicologia etc.).

O segundo, por outro flanco, prevê medidas especiais adicionais, cabíveis em casos de crianças vítimas ou testemunhas consideradas *especialmente vulneráveis* à vitimização secundária ou recorrente. Tais medidas devem ser abrangentes e customizadas, desenvolvidas e implementadas nos casos em que houver risco de vitimização adicional, levando em conta a natureza da vitimização (doméstica, sexual, institucional ou traficância), podendo incluir iniciativas governamentais ou privadas.

No âmbito da União Europeia, interessa a Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra Exploração e Abuso Sexual de 2007.

Seu Capítulo VII é chamado *Investigação, persecução e direito processual*. O artigo 30 estabelece os *princípios gerais*: (i) cada Estado deve adotar medidas necessárias para assegurar que investigações e processos criminais sejam conduzidos no melhor interesse e respeitando os direitos da criança; (ii) cada Estado deve adotar perspectiva protetora das vítimas, assegurando que as investigações e procedimentos criminais não agravem o trauma da criança, e que a resposta da justiça

criminal seja seguida de assistência; (iii) cada Estado deve garantir que as investigações e procedimentos recebam tratamento prioritário, sendo conduzidos sem atrasos injustificáveis; (iv) cada Estado deve certificar-se que as medidas protetivas previstas na Convenção não prejudiquem o direito de defesa e as exigências de um julgamento justo e imparcial, em conformidade com o artigo 6º da CEDH; (v) cada Estado deve adotar medidas necessárias, em conformidade com princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar efetiva investigação e persecução das infrações penais previstas na Convenção, inclusive operações encobertas e identificação de vítimas de pornografia infantil via análise de fotografias e gravações transmitidas por tecnologias de informação e comunicação.

São de especial interesse os seus artigos 35 (*depoimentos da criança*) e 36 (*procedimentos judiciais criminais*).

Aquele dispositivo preconiza que cada Estado deve tomar medidas necessárias para que os depoimentos da criança: (i) sejam tomados sem atraso injustificado, após a apresentação da notícia-crime; (ii) sejam colhidos em *recintos arquitetados ou adaptados para tal fim*; (iii) sejam feitos por profissionais treinados para tanto; (iv) sejam conduzidos pelas mesmas pessoas; (v) sejam limitados à quantidade *mínima* indispensável ao propósito dos procedimentos criminais; (vi) sejam acompanhados pelo responsável pela criança ou, quando apropriado, por adulto escolhido pela criança, a não ser que haja decisão judicial racional em sentido contrário.

Além disso, cada Estado deve adotar medidas necessárias para que todos os depoimentos da vítima possam ser gravados, e tais gravações possam ser admitidas como prova em procedimentos judiciais, de acordo com o direito interno.

Quando a vítima tiver idade incerta e houver razões para acreditar que ela é uma criança, as medidas protetivas anteriores serão aplicadas na pendência de verificação da sua idade.

O segundo dispositivo, por sua vez, reza que cada Estado deverá, respeitados os regramentos sobre a autonomia das profissões legais, adotar medidas para assegurar disponibilidade de treinamento sobre direitos das crianças e exploração e abuso de crianças para todos os envolvidos nos procedimentos.

Ademais, cada Estado deverá implementar medidas necessárias para garantir, de acordo com seu direito interno: (i) realização do depoimento *a portas fechadas*, por determinação judicial; (ii) uso de tecnologias de comunicação adequadas para a vítima prestar depoimento *sem estar presente na sala de audiências*.

Em sentido semelhante, a Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, estabelece diretrizes acerca dos *standards* mínimos sobre direitos, suporte e proteção de vítimas de crimes.

Seu Capítulo 4 é intitulado *Proteção de vítimas e reconhecimento de vítimas com necessidades especiais de proteção*. Para fins do presente estudo interessam especialmente seus artigos 23 (*Direito à proteção de vítimas com necessidades específicas durante procedimentos criminais*) e 24 (*Direito à proteção de vítimas infantis durante procedimentos criminais*).

O primeiro dispositivo impõe aos Estados, *sem prejuízo do direito de defesa*, e de acordo com a discricionariedade judicial, assegurar às vítimas com necessidades especiais de proteção – devido à sua particular vulnerabilidade à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação ou retaliação – medidas de proteção previstas nesse dispositivo. A aplicação dessas medidas deve ser feita mediante *avaliação individual*, podendo ser afastada caso restrições operacionais ou práticas a inviabilize, ou houver necessidade urgente de entrevistar a vítima, sob pena de prejudicá-la ou a terceiro, ou prejudicar o curso dos procedimentos criminais.

As medidas protetivas em espécie são: (i) depoimentos de vítimas colhidos em recintos arquitetados ou adaptados para esse propósito; (ii) depoimentos de ofendidos amealhados por profissionais com treinamento específico; (iii) depoimentos de vítimas tomados pela mesma pessoa; (iv) depoimentos de vítimas de violência sexual, de gênero, ou em relações familiares conduzidos por Juiz, Promotor, ou pessoa do mesmo gênero da vítima, caso esta prefira e não haja prejuízo à tramitação processual; (v) *medidas para evitar contato visual entre vítimas e ofensores durante depoimentos por meios apropriados*, inclusive tecnologia da comunicação; (vi) *medidas para assegurar que as vítimas possam ser ouvidas nas salas de audiências sem estarem presentes*, especialmente pelo uso adequado da tecnologia da comunicação; (vii) medidas para evitar perguntas impertinentes sobre a vida pessoal da vítima; (viii) medidas para que o depoimento seja prestado em sigilo.

Já o dispositivo subsequente trata das vítimas infantis, prevendo medidas protetivas adicionais: (i) gravações audiovisuais de depoimentos durante investigações criminais e seu uso como elemento de prova em processos criminais; (ii) nomeação de *curador especial* durante investigações e processos criminais, quando os responsáveis pela vítima não puderem representá-la, em razão de conflito de interesses, ou a vítima estiver desacompanhada ou separada da sua família; (iii) direito da vítima à assistência jurídica, nos casos de conflitos de interesses com seus responsáveis.

Por fim, tal dispositivo prevê que, quando a idade da vítima for incerta e houver razões para crer que ela é uma criança, ela será presumida como tal.

Por sua vez, a Seção IV da Recomendação R(97)13 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa prevê procedimentos específicos de produção da prova aplicáveis às *testemunhas vulneráveis*, especialmente em casos de criminalidade intrafamiliar.

Tais procedimentos incluem: (i) dispensa imediata de assistência profissional à testemunha, quando ela efetuar notícia-crime, e entrevista da testemunha por equipe adequadamente treinada; (ii) tomada do depoimento da testemunha o mais cedo possível e de forma particularmente cuidadosa, respeitosa e meticulosa; (iii) proibição de repetição desse depoimento, que deve ser colhido por autoridade judicial, tendo a defesa “oportunidade suficiente para contestar esse testemunho”; (iv) gravação audiovisual do depoimento prestado na fase da investigação preliminar, caso apropriada, *para evitar confronto face a face e depoimentos repetitivos desnecessários, que possam causar trauma*. Durante o julgamento, tecnologias audiovisuais podem ser empregadas para se ouvir interessados, *sem encontro presencial*; (v) inquirição da testemunha atentamente supervisionada pelo Juiz. Quando o exame cruzado (especialmente em casos de violência sexual) puder produzir efeito traumático na testemunha, o Juiz pode adotar medidas adequadas para controlar a forma de inquirição; (vi) fato de o depoimento infantil não ser prestado sob compromisso não deve, por si só, ser considerado fundamento para sua inadmissão.²²

No Brasil, a partir principalmente da segunda metade do Século XX, houve ruptura paradigmática: crianças e adolescentes deixaram de serem vistos como objetos da tutela estatal, passando à condição de sujeitos titulares de direitos fundamentais, submetidos a regime jurídico especial caracterizado pela *proteção integral e prioritária*.²³

Nessa toada, o artigo 227 do texto magno (na redação da Emenda Constitucional 65/10) consagra os direitos fundamentais da criança e do adolescente à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da proteção ante a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Há dever estatal, social e familiar de assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade”, a fruição dos sobreditos direitos fundamentais.

O artigo 3º da Lei 8.069/90, por seu turno, estende a crianças e adolescentes a titularidade dos direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, ademais do regime jurídico de *proteção integral* conferido pela sobredita lei ordinária.

22. Sobre as variadas medidas de proteção existentes no Direito Comparado, ver: ELLISON, Louise. *The adversarial process and the vulnerable witness*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 33 e ss.

23. LIMA, Renata Mantovani de e outros. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 02, p. 314-329, ago. 2017.

Já a Lei 13.431/17 instituiu sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e reprimir tal violência, nos termos do artigo 227 do texto magno, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90), da Resolução 20/2005 do Conselho Econômico e Social da ONU e outras convenções internacionais, além de estabelecer medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência (artigo 1º).

Tal diploma assegura à criança e ao adolescente a fruição dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes proteção integral e oportunidades/facilidades para uma vida pacífica, preservando sua higidez física e mental e condições para seu livre e pleno desenvolvimento moral, intelectual e social, além de prever direitos *específicos* inerentes à condição de vítima ou testemunha (artigo 2º).²⁴

São consideradas formas de *violência*, para efeito de incidência do diploma em apreço, a: (i) *física*; (ii) *psicológica*: inclui qualquer conduta discriminatória, depreciativa ou desrespeitosa, que possa comprometer o desenvolvimento psíquico ou emocional; alienação parental; exposição a crime violento contra familiar ou membro de rede de apoio; violência sexual; abuso sexual; exploração sexual comercial; tráfico de pessoas; e (iii) *institucional*: praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização (artigo 4º).

A legislação em comento é originária do Projeto de Lei 3.792/15, apresentado pela Deputada Maria do Rosário (PT/RS).

Sua exposição de motivos revela que tal *disegno di legge* é originário de Anteprojeto de Lei, da lavra de Grupo de Trabalho sobre o Marco Normativo da Escuta de Crianças e Adolescentes. Este foi composto por especialistas e teve como principal vetor de política legislativa proteger os direitos fundamentais de crianças e adolescentes expostos ao sistema de administração da justiça criminal, na qualidade de vítimas ou testemunhas de violência, evitando sua revitimização.²⁵

24. O sistema de garantia de direitos introduzido pela legislação em análise pode ser aplicado, em caráter facultativo, a vítimas e a testemunhas de violência entre 18 e 21 anos (artigo 3º, parágrafo único, da Lei 13.431/17).

25. Tal Projeto de Lei foi resultado de articulação política entre a ONG Childhood Brasil, a Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, a UNICEF Brasil, a Associação Brasileira de Psicologia Jurídica e especialistas na matéria (PÖTTER, Luciane. A Lei n. 13.431/2017: a escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, Luciane (Org.). *A escuta protegida de crianças*

É lícito supor que o instituto do *depoimento especial* sofreu grande influência de seu antecedente histórico: o *depoimento sem dano*.

Esse foi instituído em 2003 pelo Juiz José Antônio Daltoé Cezar, no âmbito da 2ª Vara do Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre/RS, tendo como principal objetivo a proteção psicológica das vítimas infantis e adolescentes, evitando sua revitimização por sucessivos depoimentos, nas esferas *administrativa, policial e judicial*.

Com esse propósito, foi instituído procedimento probatório consistente na realização de incidente jurisdicional de produção antecipada da prova testemunhal, a fim de evitar que o trauma ínsito às sucessivas inquirições da criança ou adolescente cause um dano psicológico secundário maior do que o necessário.²⁶

Tal incidente é realizado de forma simultânea em duas salas, interligadas por circuito audiovisual interno. Em recinto reservado, a vítima presta depoimento a psicóloga ou assistente social. Na sala de audiências, permanecem os demais sujeitos processuais. O Magistrado toma o depoimento por intermédio do profissional que se encontra com a vítima, evitando exposição desta última aos demais participantes do ato processual, notadamente ao acusado. Ademais, é efetuada gravação desse depoimento em mídia juntada aos autos, permitindo assim que as diversas instâncias do Poder Judiciário e as partes revejam o depoimento.

Segundo o seu artifice intelectual, o *depoimento sem dano* atende a três objetivos principais: (i) redução do dano causado à criança ou adolescente vítima ou testemunha, durante seu depoimento; (ii) garantia de respeito aos direitos fundamentais dessa criança ou adolescente; (iii) aperfeiçoamento do procedimento probatório.²⁷

Após, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação 33/10, sugerindo aos Tribunais pátrios a adoção do chamado *depoimento especial*, pela

e adolescentes: os desafios da implantação da Lei n. 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 25-48).

26. CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98 e ss. Em sede doutrinária já se defendia em 2001 a inquirição da criança por intermédio de profissional capacitado da área da Psicologia, por aplicação analógica do artigo 223 do Código de Processo Penal, em Câmara de Gesell (DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001. p. 91 e ss.).

27. CEZAR, José Antônio Daltoé. Op. cit., p. 61-62.

“criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais”.

Tal Recomendação inclui as seguintes diretrizes: (i) implementação de sistemas para transmissão audiovisual de depoimentos de crianças e adolescentes, em recinto separado da sala de audiências, com participação de profissional especializado; (ii) sistemas consistentes em equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para *zoom*, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado; (iii) recinto separado, para assegurar segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento ao depoente; (iv) capacitação dos participantes do ato processual para emprego do depoimento especial, usando a técnica da entrevista cognitiva; (v) primeira fase do depoimento especial (*acolhimento*) com prestação de esclarecimento ao depoente sobre o motivo e efeito de sua participação, enfatizando sua especial condição, preferencialmente com cartilha específica; (vi) capacitação dos órgãos auxiliares da Justiça para propiciar apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional do depoente e sua família, durante e após o ato processual; (vii) medidas que assegurem celeridade processual, reduzindo-se o lapso temporal entre a oferta da notícia-crime e a audiência de depoimento especial.

O maior problema do *depoimento sem dano* era a falta de procedimento probatório previsto em lei ordinária, tratando-se de prova *atípica* e *irritual* que ensejava violação ao cânone do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional).²⁸

Tal problema foi superado com a edição da Lei 13.431/17.²⁹

Para fins deste estudo, interessa o seu artigo 4º, § 1º, que dispõe o seguinte: “Para os efeitos desta Lei, a criança e adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial”.

O Título III dessa legislação (*Da escuta especializada e do depoimento especial*) regulamenta o procedimento probatório do depoimento especial.

28. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

29. Sobre tal diploma, ver: ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei n. 13.431/2017*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

De início, é feita diferenciação entre os conceitos de *escuta especializada* e *depoimento especial*.

O primeiro é procedimento de entrevista, sobre conjuntura de violência, com criança ou adolescente, feito por órgão (da Administração Pública ou não governamental) integrante da rede de proteção (nos termos do artigo 86 da Lei 8.069/90), limitando-se ao relato daquilo que for estritamente necessário à consecução da sua finalidade (artigo 7º).

O segundo, por sua vez, é procedimento de colheita do depoimento da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, perante autoridade policial ou judiciária (artigo 8º).

Os dispositivos subsequentes trazem as seguintes diretrizes gerais: (i) proteção do depoente contra qualquer contato, ainda que visual, com o acusado ou pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (artigo 9º); (ii) realização em recinto apropriado e acolhedor, que garanta a privacidade do depoente (artigo 10); (iii) realização do depoimento especial, “sempre que possível”, por uma única vez, em sede de incidente jurisdicional de produção antecipada de prova, garantida a ampla defesa do investigado. Quando o depoente tiver menos de sete anos, ou em caso de violência sexual, tal incidente é obrigatório. Em regra, não haverá novo depoimento especial, exceto quando sua imprescindibilidade for justificada pela autoridade competente e houver concordância do depoente ou de seu representante legal (artigo 11).

O procedimento probatório do depoimento especial propriamente dito tem as seguintes características: (i) esclarecimento ao depoente, por profissionais especializados, sobre direitos e procedimentos adotados, vedada leitura de peças processuais; (ii) garantia de livre narrativa sobre situação de violência, facultada intervenção do profissional especializado via técnicas que permitam elucidação dos fatos; (iii) transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência, resguardado seu sigilo; (iv) avaliação judicial, após manifestações das partes e assistentes técnicos, sobre a pertinência de perguntas complementares organizadas em bloco; (v) adaptação das perguntas à linguagem do depoente pelo profissional especializado; (vi) gravação audiovisual do depoimento; (vii) direito de prestar declarações diretamente ao Juiz; (viii) adoção de medidas necessárias à preservação da intimidade e privacidade do depoente; (ix) exclusão física do acusado da sala de audiência, caso o profissional especializado entenda que sua presença pode prejudicar o depoimento ou colocar o depoente em risco; (x) restrições judiciais à transmissão em tempo real do depoimento ou à gravação audiovisual do depoimento, caso haja risco à vida ou à integridade física do depoente; (xi) regulamentação do sigilo da mídia contendo gravação audiovisual

do depoimento, para garantir intimidade e privacidade do depoente; (x) tramitação em segredo de justiça (artigo 12).³⁰

4. PROPORCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO AO CONFRONTO CAUSADAS PELO DEPOIMENTO ESPECIAL

Não há dúvidas de que o procedimento probatório do depoimento especial causa *consideráveis* restrições a variados direitos integrantes da sobredita estrutura normativa do direito ao confronto.

No que concerne à aplicação do procedimento probatório em apreço às crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, trata-se de providência *obrigatória*, havendo discricionariedade judicial somente quanto às vítimas e testemunhas entre dezoito e vinte e um anos (artigo 3º, parágrafo único, da Lei 13.431/17).

Ao que tudo indica, o legislador criou espécie de *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade* das vítimas e testemunhas menores de dezoito anos, a autorizar restrições consideráveis ao direito ao confronto do acusado.

Quanto ao direito fundamental do acusado à produção da prova testemunhal em audiência *pública*, o regime de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial (artigo 12, § 6º, da Lei 13.431/17) – reforçado pelo sigilo na transmissão

30. A legislação em comento foi regulamentada pelo Decreto 9.603/18, cuja Seção III traz alguns aspectos adicionais do depoimento especial, notadamente: (i) respeito à opção do depoente de não falar sobre a violência sofrida; (ii) gravação do depoimento especial em equipamento que assegure qualidade audiovisual; (iii) sala de depoimento especial de cariz reservado, silencioso, com decoração acolhedora e simples, e adequado ao desenvolvimento do depoente; (iv) possibilidade de sala para a observação da sala de depoimento especial, ou equipamento tecnológico que permita acompanhamento do ato e contribuição por outros profissionais (da segurança pública e da justiça); (v) regulação por protocolo de oitiva; (vi) necessidade de capacitação das autoridades responsáveis pela condução do depoimento especial; (vii) vedação de perguntas que possam induzir relato; (viii) proibição de perguntas que violem a dignidade do depoente ou possam caracterizar violência institucional; (ix) condução do depoimento pelo profissional especializado de forma livre, sem interrupções, assegurada sua autonomia profissional e respeito aos códigos de ética e normas profissionais; (x) formulação de perguntas pelos integrantes da sala de observação, após conclusão do depoimento; (xi) adaptação das perguntas à linguagem e nível de desenvolvimento cognitivo e emocional do depoente; (xii) respeito às pausas prolongadas, aos silêncios e aos tempos de que o depoente necessitar; (xiii) registro na íntegra do depoimento; (xiv) remarcação do depoimento caso ocorram problemas técnicos impeditivos, ou bloqueios emocionais, que impeçam sua conclusão (artigos 22 a 26).

do depoimento especial para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17) e pela tutela da intimidade e privacidade do depoente (artigo 12, § 2º, da Lei 13.431/17) – implica realização da audiência *a portas fechadas*.

No que tange ao direito fundamental do acusado a *presenciar* a produção da prova testemunhal, a proteção do depoente contra “qualquer contato, ainda que visual” com o acusado (artigo 9º da Lei 13.431/17), viabilizada pela transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17), implica *segregação física* entre depoente e acusado, figurando aquele como *testemunha remota* (que depõe por videoconferência).³¹

Não obstante, o legislador foi além, prevendo duas hipóteses que ensejam restrições ainda mais intensas ao direito ao confronto.

A primeira é a previsão de que o depoimento especial “*sempre* que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial”, sendo tal produção antecipada *obrigatória* quando o depoente tiver menos de sete anos ou em caso de violência sexual (artigo 11 da Lei 13.431/17).

A segunda se dá quando o acusado for excluído da sala de audiência, pelo fato de o profissional especializado entender que sua presença “pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco” (artigo 12, § 3º, da Lei 13.431/17).

Assim, nessa segunda hipótese o direito ao confronto sofre *duas restrições cumulativas*: uma pela separação física entre depoente (que fica na sala de depoimento especial) e acusado (que em regra fica na sala de audiência), e outra pela exclusão do acusado da sala de audiência.

Questão fulcral é saber se tais restrições são *proporcionais* ou não.

De início, cabe salientar que o grande paradoxo do Direito Processual Penal é a convivência entre suas duas finalidades precípua e antitéticas: *eficácia* na realização da justiça e *proteção* dos direitos fundamentais do acusado.

Diante da impossibilidade de integral harmonia entre elas, logrou-se atingir na maioria dos Estados Democráticos de Direito aquilo que Jorge de Figueiredo Dias denomina de *concordância prática* dessas finalidades em conflito, “de modo que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”.³²

31. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 170 e ss.

32. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, p. 5-23, 1987.

Assim, tal conflito entre o direito fundamental do acusado ao confronto e os direitos fundamentais da criança ou adolescente que depõe em juízo deve ser solucionado conforme os *standards* da *proporcionalidade*, cujo conteúdo condiciona quaisquer medidas processuais penais que restrinjam direitos fundamentais.

Tal postulado abrange dois pressupostos, um formal (*legalidade*) e outro material (*justificação teleológica*).

O primeiro impõe que a medida restritiva de direitos fundamentais esteja prevista em *lei*. Embora não assegure que a medida em tela tenha conteúdo determinado, a legalidade garante a previsibilidade e a legitimidade democrática da atuação do Estado.

O segundo exige que toda atuação restritiva de direitos fundamentais tenha finalidade *legítima*, do ponto de vista constitucional, e socialmente relevante.

Ademais, a medida em apreço precisa satisfazer requisitos *extrínsecos* (com relação ao conteúdo dela em abstrato) e *intrínsecos* (relacionados ao conteúdo dela no caso concreto).

Os requisitos extrínsecos englobam a *judicialidade* (reserva jurisdicional quanto à decretação da medida) e a *motivação* do decreto judicial.

Os requisitos intrínsecos abrangem a *idoneidade*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Por força da idoneidade, a medida deve ser apta à consecução dos seus objetivos. A necessidade impõe sejam cotejadas todas as medidas idôneas e escolhida a menos restritiva dos direitos fundamentais individuais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito demanda ponderação entre os interesses envolvidos, para verificar se o grau de restrição ao direito fundamental individual guarda relação *razoável* ou *proporcional* com os interesses estatais tutelados pela medida.³³

Segundo Robert Alexy, há relação de *primazia prima facie* de direitos fundamentais individuais sobre interesses públicos: aqueles têm peso inicial superior, motivo pelo qual há ônus argumentativo maior – consubstanciado em *razões fortíssimas* – para que o interesse público possa prevalecer sobre direito fundamental individual, em sede de ponderação.³⁴

Nada obstante, na aferição da proporcionalidade de restrições causadas ao direito ao confronto pelo procedimento probatório do depoimento especial, deve

33. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 69 e ss.

34. ALEXY, Robert. *Derechos individuales y bienes colectivos. El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 179-208.

ser considerado que a criança ou adolescente vítima ou testemunha, à semelhança do acusado, é titular de *direitos fundamentais individuais*, assim reconhecidos pela Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abusos de Poder (aprovada pela Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1985) e pela doutrina.³⁵

Por um lado, o direito fundamental do acusado ao confronto tende a induzir testemunhos mais verazes, devido à maior dificuldade em se mentir face a face com a pessoa implicada na mentira e à presença de auditório, onde sempre pode haver alguém pronto a revelar fatos que desmintam o teor inverídico do testemunho.

Por outro flanco, a tutela dos direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha igualmente contribui para a reconstrução histórica mais correta dos fatos sobre julgamento, também se revestindo de interesse público relevante e indisponível.

Dessarte, a criança ou adolescente vítima ou testemunha, especialmente de crime sexual, em regra se enquadra no conceito de *testemunha vulnerável*: aquela que, devido às suas próprias condições pessoais ou à natureza da infração penal praticada, pode ser intimidada com facilidade, tornando-se incapaz de prestar declarações com liberdade, caso ela seja inquirida na presença física do acusado.³⁶

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) vem decidindo que o procedimento probatório criminal pode incluir medidas para não colocar em risco injustificado direitos fundamentais (à vida, à liberdade, à segurança etc.) de vítimas e testemunhas, *desde que* tais medidas protetivas possam ser reconciliadas com o exercício dos direitos da defesa.³⁷

No caso *AM vs. Itália*, o TEDH apreciou condenação por abuso sexual de menor baseada exclusivamente na leitura em audiência de testemunhos extrajudiciais escritos prestados, sem presença nem participação do acusado, pelos pais da vítima e psicóloga infantil, via cartas rogatórias cumpridas nos Estados Unidos da América. No seu pedido de cooperação jurídica internacional, o Ministério Público italiano recomendou que nenhum Advogado deveria participar da tomada desses depoimentos por autoridades norte-americanas.

35. FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21 e ss.

36. MAFFEI, Stefano. Op. cit., p. 52 e ss.; MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 185 e ss.

37. LONATI, Simone. *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico* Torino: Giappichelli, 2008. p. 252 e ss.

A Corte de Estrasburgo reconheceu que a admissibilidade probatória é matéria a ser regulada principalmente pela legislação doméstica e, como regra geral, cabe aos Tribunais nacionais valorar o resultado da prova. O papel do TEDH não é reexaminar decisões pontuais sobre a admissão judicial de declarações testemunhais, e sim aferir se o procedimento criminal *como um todo* (inclusive a admissão probatória) foi *justo*.

A Corte reconheceu violação ao artigo 6.3.d da CEDH porque, em regra, toda prova testemunhal incriminadora deve ser produzida em audiência pública, na presença do acusado, e *com vistas à argumentação em contraditório* (“with a view to adversarial argument”). Assim, o acusado deve ter oportunidade *adequada e apropriada* para confrontar e questionar a testemunha contra si, seja durante a produção da prova, seja em fase posterior do procedimento.³⁸

Já o caso PS vs. Alemanha versou sobre condenação por abuso sexual de menina de oito anos baseada exclusivamente em testemunhos indiretos (*hearsay*), prestados pela mãe da vítima e por policial que havia tomado o depoimento da ofendida. O Tribunal local decidiu não ouvir a vítima para proteger seu desenvolvimento pessoal, pois sua genitora informou que ela havia reprimido suas lembranças sobre o ocorrido, e sofreria intensamente caso fosse lembrada dele.

O TEDH reconheceu violação ao artigo 6.3.d da CEDH, reiterando que como regra toda prova deve ser produzida em audiência pública, na presença do acusado, e *com vistas à argumentação em contraditório*. Assim, o acusado deve ter oportunidade *adequada e apropriada* para confrontar e questionar a testemunha contra si, seja durante a produção da prova, seja em fase posterior do procedimento.

Não obstante, a Corte de Estrasburgo também entende que os interesses da defesa devem ser ponderados com os direitos fundamentais da vítima ou testemunha à vida, à liberdade e à segurança, além de outros direitos protegidos pelo artigo 8º da CEDH.

As restrições violam o direito ao confronto especialmente quando a condenação estiver baseada, de modo *exclusivo* ou *decisivo*, em declarações testemunhais prestadas por quem o acusado não teve oportunidade de confrontar, seja na fase da investigação preliminar, seja durante o julgamento.³⁹

No caso SN vs. Suécia, por sua vez, o TEDH entendeu não restar caracterizada violação ao artigo 6.3.d da CEDH. Tratou-se de condenação por abuso sexual de menino de 10 anos baseada na exibição de gravação audiovisual de depoimento

38. TEDH, caso AM vs. Itália, sentença de 14 de março de 2000, §§ 24-28.

39. TEDH, caso PS vs. Alemanha, sentença de 04.09.2002, §§ 21-24.

policial da vítima, na leitura pública da transcrição de outro depoimento policial do ofendido e em testemunhos derivativos (*hearsay*) prestados pela genitora e professora da vítima.

O investigado foi notificado sobre as suspeitas contra si durante a fase da investigação preliminar, recebeu cópia do relatório policial, teve defensor técnico nomeado e oportunidade de apresentar considerações e requerer novo depoimento da vítima. Um segundo depoimento policial da vítima foi tomado a pedido do defensor técnico, que combinou de antemão os pontos a serem indagados e concordou em não estar presente ao ato. Após, o defensor técnico recebeu transcrição da gravação desse novo depoimento.

A Corte de Estrasburgo afirmou que o uso de declarações testemunhais extrajudiciais, por si só, não é inconsistente com o direito ao confronto (artigo 6.3.d da CEDH), desde que os direitos de defesa sejam respeitados. Além disso, foi decidido que o artigo 6º da CEDH não confere um direito *absoluto* ao comparecimento de testemunhas ao julgamento, cabendo aos Tribunais nacionais decidirem se é necessário ou aconselhável ouvir determinada testemunha.

Procedimentos especiais protetivos da vítima de abuso sexual podem ser adotados, desde que eles possam ser reconciliados com o exercício adequado e efetivo dos direitos de defesa, inclusive via *medidas compensatórias* (“*counterbalance measures*”).

No caso concreto, o TEDH decidiu que o não comparecimento da vítima ao julgamento foi compensado pelo fato de o defensor técnico do acusado ter: (i) requerido a tomada de novo depoimento extrajudicial da vítima; (ii) concordado com a forma de condução dessa entrevista; (iii) aquiescido com sua própria ausência durante o ato; (iv) renunciado ao seu direito à gravação audiovisual desse depoimento; (v) encaminhado perguntas que foram feitas pela polícia à vítima.

Ademais disso, segundo a Corte de Estrasburgo o artigo 6.3.d da CEDH não exige que, em casos de procedimentos especiais protetivos de vítimas, as perguntas sejam feitas *diretamente* pelo acusado ou seu defensor técnico, via exame cruzado ou outros meios, desde que o acusado tenha oportunidade efetiva de questionar o conteúdo do relato da testemunha e sua credibilidade.

Tais casos excepcionais devem ser reexaminados pelo TEDH com *extremo cuidado*, devendo o procedimento extrajudicial de entrevista da criança satisfazer “*rigorosos standards procedimentais e de conteúdo*” (“*high standards with regard to procedure and content*”).⁴⁰

40. TEDH, caso SN vs. Suécia, sentença de 02 de outubro de 2002, §§ 43-54.

A Suprema Corte estadunidense (SCOTUS), por sua vez, ao julgar o caso *Coy v. Iowa*, examinou alegações de violações ao direito ao confronto e à presunção de inocência, feitas por acusado de abusar sexualmente de duas adolescentes de 13 anos.

Antes do testemunho das vítimas, foi colocada tela na sala de audiências para que o acusado não pudesse vê-las. O recurso do acusado foi fundamentado nos argumentos de que essa tela violou o seu direito a confrontar face a face suas acusadoras, e o fez parecer culpado precocemente.

A SCOTUS reconheceu que a tela interposta entre vítimas adolescentes e acusado inviabilizou o confronto face a face e pode ter influenciado o resultado do julgamento, ensejando violação à VI Emenda. A Suprema Corte reconheceu que, se por um lado o confronto face a face com o acusado pode constranger a vítima veraz, por outro flanco ele pode confundir e desmascarar o acusador falso ou revelar criança ensaiada por adulto malévolo.

Por fim, a SCOTUS redarguiu que um Tribunal não pode restringir o direito ao confronto com base em lei *genérica*, e no caso concreto o Tribunal não forneceu uma *razão específica* para o uso da tela na sala de audiência.⁴¹

Ao julgar o caso *Maryland v. Craig*, a Suprema Corte admitiu, por diferença de um voto, exceção ao direito ao confronto.

Nesse caso, as vítimas de abuso sexual eram quatro crianças (de quatro, cinco e seis anos) que foram examinadas por terapeutas, os quais concluíram que, caso as vítimas prestassem depoimento na presença física da acusada, teriam grave sofrimento emocional, que poderia impedi-las de se comunicar razoavelmente na sala de audiência.

Assim, o Tribunal decidiu adotar procedimento pelo qual as vítimas prestaram seus depoimentos fora da sala de audiência, via circuito unidirecional de videoconferência. No mesmo recinto das crianças ficaram acusador e defensor técnico, que puderam fazer seus exames direto e cruzado. Na sala de audiências ficaram juiz, jurados e acusada. Durante tal depoimento, a acusada pôde se comunicar com seu defensor técnico via comunicação eletrônica.

Nesse ensejo, a SCOTUS entendeu que a função precípua do direito ao confronto é assegurar a *confiabilidade* da prova contra o acusado, ao submetê-la a teste rigoroso durante procedimento adversarial perante o julgador.

Tal função é atingida pela combinação dos seguintes elementos do direito ao confronto: *presença física, juramento, exame cruzado e observação do comportamento*

41. 487 U.S. 1012 (1988).

pelo julgador. Malgrado se tenha reconhecido que o confronto face a face “forma o núcleo dos valores tutelados pela cláusula” (“forms the core of the Clause’s values”), ele não é elemento indispensável do direito ao confronto.

Assim, o contato visual entre vítima e acusado pode ser restringido, desde que sejam preservados os demais elementos, isso seja necessário para avançar importante política pública, e a credibilidade do testemunho seja assegurada por outros meios. No caso concreto, se entendeu que a política pública de evitar a traumatização de criança vítima de abuso sexual é importante o suficiente para justificar procedimento probatório especial, desde que haja comprovação da sua *necessidade*.

A necessidade do procedimento especial para a proteção do bem-estar da criança deve ser aferida *casuisticamente*, com base em prova de que depor em contato visual com o acusado (e não genericamente em sala de audiência) causaria trauma, em grau suficiente para impedir a vítima de se comunicar razoavelmente.⁴²

Restasaberse exatamente como o sobredito precedente *Crawford v. Washington*, que é posterior a *Coy v. Iowa* e *Maryland v. Craig*, repercutirá na interpretação da Suprema Corte sobre o direito do acusado a confrontar os testemunhos infantis. Por exemplo, se declarações prestadas por crianças a interrogadores especializados (v.g. policiais, psicólogos etc.) ou outros profissionais (v.g. médicos, professores etc.) têm natureza *testemunhal*, para fins de incidência do direito ao confronto.⁴³

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, ao julgar o caso VRP, VPC e outros vs. Nicarágua, reconheceu violação a diversos direitos convencionais de vítima infantil de abuso sexual, em razão do descumprimento dos deveres estatais de: (i) diligência reforçada na persecução penal do delito; (ii) proteção da ofendida contra a vitimização secundária; (iii) atuação com perspectiva de gênero e infância; (iv) adoção de medidas protetivas dos direitos da vítima durante os procedimentos de investigação preliminar e julgamento criminal.

A vítima e sua genitora alegaram uma série de irregularidades durante a persecução penal do acusado: comportamento antiético e parcial do perito médico incumbido de examinar a vítima; negligência por parte do representante do Ministério Público; suspeita de pagamento de propinas a jurados; omissão da Juíza em proteger a dignidade da vítima e sua genitora etc.

42. 110 S. Ct. 3157 (1990).

43. SCALLEN, Eileen. Coping with Crawford: confrontation of children and other challenging witnesses. *William Mitchell Law Review*, v. 35, n. 4, p. 1558-1609, 2009.

A CIDH reconheceu, com base no artigo 9º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, que os Estados têm o dever de instituir procedimentos especiais de proteção a crianças e adolescentes, com base em seu interesse superior e direito à participação condizente com suas capacidades em constante evolução, conforme idade, maturidade e nível de compreensão, sem discriminações.

A Corte de San José advertiu que crianças e adolescentes vítimas, especialmente de violência sexual, podem sofrer nova vitimização durante sua participação no processo criminal. Assim, tal participação deve evitar a revitimização e se limitar àqueles atos processuais penais estritamente necessários.

Nesses atos que exigem participação da criança ou adolescente, os Estados devem assegurar ambiente acolhedor, seguro e adequado à idade do participante, além de responsáveis pela tomada do depoimento devidamente capacitados para uso de linguagem adequada, propiciando confiança, privacidade etc.

A CIDH estima que nesses casos a declaração da criança ou adolescente deve ser feita por intermédio de profissional devidamente capacitado, permitindo-se que o depoente possa se expressar livremente, não devendo ser inquirido diretamente pelo Tribunal ou pelas partes.

Como exemplos de boas práticas adotadas pelos Estados nesse sentido, são citados a Câmara de Gesell, circuitos televisivos fechados (CCTV) etc. Tais depoimentos devem ser registrados, a fim de se evitar a repetição do ato.⁴⁴

Comosevê, najurisprudênciainternacionaldeDireitosHumanosedasCOTUS há nítida preocupação em ponderar os interesses conflitantes representados pelo direito fundamental do acusado ao confronto e pelos direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha.

Não obstante, a exposição de motivos do Projeto de Lei 3.792/15 revela que o único vetor de política legislativa que levou à criação do procedimento especial foi a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, evitando sua revitimização.

Vale dizer: na contramão da jurisprudência internacional de Direitos Humanos e da SCOTUS, a Lei 13.431/17 tratou os direitos fundamentais de crianças e adolescentes como se fossem *absolutos*, menosprezando os relevantes valores sociais inerentes ao direito fundamental do acusado ao confronto.

Esse viés de política criminal se manifesta em pelo menos cinco aspectos do depoimento especial.

44. CIDH, caso VRP, VPC e outros vs. Nicarágua, sentença de 8 de março de 2018, §§ 150-168.

A uma, na natureza *obrigatória* do depoimento especial para *quaisquer* crianças ou adolescentes ouvidos sobre situação de violência (artigo 4º, § 1º, da Lei 13.431/17), criando-se *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade* de todas as vítimas e testemunhas menores de dezoito anos envolvidas em crimes violentos.

Ocorre que o procedimento probatório testemunhal regulado pelos artigos 202 e seguintes do Código de Processo Penal é *regra* a ser excepcionada só se houver decisão judicial *fundamentada* no sentido da *necessidade* do depoimento especial no caso concreto, com base em *prova pericial da especial vulnerabilidade* da vítima ou testemunha infantil ou adolescente, caso ela viesse a depor face a face com o acusado.

O próprio arcabouço normativo internacional impõe ponderação entre os respectivos direitos fundamentais da vítima ou testemunha infante ou adolescente e do acusado.

Vejam-se, bem a propósito, o item 31(b) da Resolução 20/2005 do Conselho Econômico e Social da ONU⁴⁵ e o artigo 30(4) da Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra Exploração e Abuso Sexual.⁴⁶

Ademais disso, o artigo 22 da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia impõe avaliação *individualizada* sobre as necessidades *específicas* de proteção, devido à *especial vulnerabilidade* do ofendido à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação e retaliação. Tal avaliação deve levar em conta as características *pessoais* da vítima, a *natureza* e as *circunstâncias* do crime. Malgrado tal Diretiva institua *presunção* de necessidade de medidas protetivas para vítimas infantis, para determinar *se* e em *qual extensão* tais vítimas se beneficiariam de medidas protetivas especiais deve haver avaliação *individualizada*, com base nos critérios anteriores.

A duas, no regime de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial (artigo 12, § 6º, da Lei 13.431/17) – reforçado pelo sigilo na transmissão do

45. Tal dispositivo prevê a proteção de crianças vítimas e testemunhas contra serem examinadas diretamente pelo acusado, com contato visual e no mesmo recinto, “se compatível com o sistema legal e com devido respeito aos direitos da defesa” (“if compatible with the legal system and with due respect for the rights of the defence”).

46. Esse artigo dispõe que cada Estado deve garantir que as medidas protetivas de crianças vítimas e testemunhas “não prejudiquem os direitos de defesa e os requisitos de um julgamento equitativo e imparcial, em conformidade com o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos” (“are not prejudicial to the rights of the defence and the requirements of a fair and impartial trial, in conformity with Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”).

depoimento especial para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17) e pela tutela da intimidade e privacidade do depoente (artigo 12, § 2º, da Lei 13.431/17).

Acontece que a regra geral da *publicidade* dos atos processuais penais (artigo 93, IX, do texto magno) é importante elemento do direito ao confronto, reduzindo riscos de produção de declarações testemunhais sob coação ou sugestão, e incentivando a *veracidade* de vítimas e testemunhas. Além disso, a publicidade assegura a *transparência* da gestão probatória, facilitando seu controle social e contribuindo para percepção social respeitosa acerca da legitimidade do sistema de administração da justiça criminal.

A três, na *segregação física* entre depoente e acusado, causada pela proteção contra “qualquer contato, ainda que visual” com o acusado (artigo 9º da Lei 13.431/17), e viabilizada pela transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17).

Nada obstante, o direito de presença do acusado possui importante função *epistêmica*, pois é mais fácil contar inverdades sobre alguém pelas costas do que face a face. Assim, a presença física do acusado – no campo visual e no mesmo recinto – pode causar pressão psicológica benéfica sobre a vítima ou a testemunha, confundindo e desmascarando acusador falso ou revelando criança ou adolescente ensaiados por um adulto.

A quatro, no depoimento especial realizado, “sempre que possível”, por uma única vez, “em sede de produção antecipada de prova judicial”, providência *obrigatória* em se tratando de depoente com menos de sete anos ou em caso de violência de cariz sexual (artigo 11 da Lei 13.431/17).

Malgrado o legislador tenha buscado instituir a *regra* da produção do depoimento especial via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova (artigo 381 do Código de Processo Civil), trata-se de medida *excepcional* que está sempre sujeita aos requisitos do *fumus boni juris* (relevância da prova) e *periculum in mora* (risco de desaparecimento da fonte pessoal de prova).⁴⁷

Do ponto de vista lógico-sistemático, a produção antecipada da prova testemunhal é medida de cariz *cautelares*, circunscrita a situações *excepcionais* nas quais há risco de ausência da testemunha por enfermidade ou velhice, sendo a produção da prova considerada *urgente* (artigos 225 e 366 da codificação processual

47. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.200. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 246-297.

penal) por decisão judicial “concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” (enunciado sumular 455 do Superior Tribunal de Justiça).

Isso porque, nessa fase da investigação preliminar, o investigado em regra não pode exercer o direito ao confronto nos mesmos moldes do julgamento, pois nem sequer foi identificado, ou não exerceu o direito à livre nomeação de defensor técnico da sua confiança. Nessa conjuntura, o exame cruzado é *burocrático e formal*, porquanto feito por Defensor Público ou dativo que desconhece o investigado, sua versão dos fatos, suas eventuais contraprovas defensivas etc.

Logo, tal incidente jurisdicional de produção antecipada de prova enseja considerável restrição ao direito do acusado a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal.

A cinco, na expulsão do acusado da sala de audiência, pelo fato de o profissional especializado entender que a sua presença “pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco” (artigo 12, § 3º, da Lei 13.431/17).

Nesse caso, o direito ao confronto sofre duas restrições *cumulativas*: a primeira pela *segregação física* entre depoente e acusado que caracteriza o procedimento probatório do depoimento especial, e a segunda pela exclusão do acusado da sala de audiência.

Tal hipótese não encontra previsão no marco normativo convencional e da União Europeia, sendo *desproporcional*, porquanto *desnecessária*: a separação física entre depoente e acusado que caracteriza o depoimento especial já cumpre o objetivo de evitar a vitimização secundária, não havendo nenhuma justificativa para sua *cumulação* com a expulsão do acusado da sala de audiência.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, é lícito concluir que a Lei 13.431/17 teve como *único* vetor de política legislativa a necessidade de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, evitando assim sua vitimização secundária.

Vale dizer: o diploma legal em digressão tratou os direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas como *absolutos*, desconsiderando os importantes valores sociais inerentes ao direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas contra si.

Esse *viés* de política criminal se manifesta em pelo menos cinco aspectos do depoimento especial: (i) na natureza *obrigatória* do depoimento especial para

quaisquer crianças ou adolescentes ouvidos sobre situação de violência, criando-se *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade*; (ii) no regime jurídico de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial; (iii) na *segregação física* entre depoente e acusado; (iv) na *regra* da realização do depoimento especial por uma única vez, via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova; (v) na *expulsão* do acusado da sala de audiência, caso o profissional especializado entenda que sua presença física pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em risco.

Tais aspectos são de discutível *proporcionalidade*, à luz do direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas incriminadoras, que tem relevante função *epistêmica*: induzir testemunhos mais verazes, devido à maior dificuldade em se mentir face a face com a pessoa implicada na mentira e à presença de auditório, onde sempre pode haver alguém pronto a revelar fatos que desmintam o teor inverídico do testemunho.

Assim, o confronto face a face sempre implica algum *trauma* para a testemunha de acusação, o que vai ao encontro do interesse público relevante na correta valoração da prova testemunhal. Logo, procedimentos especiais que impliquem remoção da testemunha da sala de audiência devem ser objeto de cuidadosa reflexão, por importarem transigência com tal interesse público relevante.⁴⁸

Além disso, considerar que a dificuldade encontrada pela vítima ou testemunha em depor face a face com o acusado é relevante o suficiente para autorizar restrições excessivas ao direito ao confronto acarreta risco de se condicionar o direito ao confronto às características, idiosincrasias, sensibilidades etc. de certas categorias de vítimas.

Ao se aceitar tal ponderação de interesses, se abre perigoso precedente para crescentes restrições ao direito ao confronto, sempre que o legislador entender que o trauma ao depor de certas vítimas é maior do que a média. Nesse contexto, restrição inicialmente concebida para testemunhas infantis e adolescentes pode ser paulatinamente estendida para crimes sexuais contra adultos, delitos praticados com violência ou grave ameaça, crimes cometidos em concurso de agentes, por organizações criminosas etc.⁴⁹

Não se pode ignorar o risco de o discurso de defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas servir como pretexto para

48. SCHWALB, Brian. Child abuse trials and the confrontation of traumatized witnesses: defining “confrontation” in order to protect both children and defendants. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 26, p. 185-217, 1991.

49. MASSARO, Tony. Op. cit., p. 915 e ss.

tutela do interesse estatal na *eficiência da persecução penal*, assegurando-se condenações às custas do sacrifício do direito ao confronto.⁵⁰

Logo, a Lei 13.431/17 deve ser objeto de filtragem hermenêutico-constitucional, a fim de assegurar a *proporcionalidade* das restrições causadas ao direito ao confronto do acusado.

Nessa toada, o emprego casuístico do procedimento probatório do depoimento especial deve ser pautado por critério de *estrita necessidade*, desde que presentes dois requisitos cumulativos: (i) comprovação do caráter *imprescindível* do depoimento da criança ou adolescente vítima ou testemunha; (ii) prova pericial da *especial vulnerabilidade* da vítima ou testemunha à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação ou retaliação, capaz de impedi-la de declarar com liberdade.

Quanto a esse último aspecto, é digno de ressalva que tal trauma potencial deve: (i) ser aferido de forma *casuística*, não podendo ser presumido; (ii) ser *provável*; (iii) ser em grau suficiente para *impedir* a livre declaração da testemunha; (iv) decorrer do ato de depor *face a face com o acusado*.

Ademais disso, o depoimento especial em regra deve ser prestado durante o julgamento do acusado, só podendo ser produzido via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova se estiverem presentes os requisitos cumulativos do *fumus boni juris* (relevância da prova) e *periculum in mora* (risco de desaparecimento da fonte pessoal de prova).

Por derradeiro, a expulsão do acusado durante o depoimento especial deve ser substituída por medidas menos restritivas ao direito ao confronto e que atinjam o mesmo objetivo. Por exemplo: a inquirição da vítima ou testemunha pelo defensor técnico, o foco da câmara na sala de audiência em pessoa diversa do acusado, a transmissão unidirecional da imagem da sala do depoimento especial para a sala de audiência etc.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

50. SCHWALB, Brian. Op. cit., p. 194 e ss.

- BIRAL, Marianna. The right to examine or have examined witnesses as a minimum right for a fair trial. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 22, p. 331-350, 2014.
- CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DAILEY, Anne. Children's constitutional rights. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 2099-2179, 2011.
- DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças: Uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.
- ELLISON, Louise. *The adversarial process and the vulnerable witness*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, p. 5-23, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova no processo penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 23-40, jan.-jul. 1976.
- FRIEDMAN, Richard. "Face to face": rediscovering the right to confront prosecution witnesses. *The International Journal of Evidence and Proof*, n. 8, p. 1-30, 2004.
- FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. *Georgetown Law Journal*, v. 86, p. 1011-1043, 1998.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. London: Oxford University Press, 2003.
- LIMA, Renata Mantovani de e outros. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: Da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 02, p. 314-329, ago. 2017.

- LONATI, Simone. *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*. Torino: Giappichelli, 2008.
- MAFFEI, Stefano. *The European right of confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MASSARO, Tony. The dignity value of face-to-face confrontations. *University of Florida Law Review*, n. 40, p. 863-918, 1988.
- ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità: aspetti giuridici, sociolinguisti e di comunicazione*. Milano: Giuffrè, 2007.
- POLLITT, D. H. The right of confrontation: its history and modern dress. *Journal of Public Law*, v. 8, p. 381-413, 1959.
- PÖTTER, Luciane. A Lei n. 13.431/2017: a escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, Luciane (Org.). *A escuta protegida de crianças e adolescentes: os desafios da implantação da Lei nº 13.431/2017*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência "branda" e o "quadro mental paranoico" (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCALLEN, Eileen. Coping with Crawford: confrontation of children and other challenging witnesses. *William Mitchell Law Review*, n. 35, p. 1558-1609, 2009.
- SCHWALB, Brian. Child abuse trials and the confrontation of traumatized witnesses: Defining "confrontation" in order to protect both children and defendants. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 26, p. 185-217, 1991.
- SHAPIRO, Alexander. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696. *Law and History Review*, n. 11, p. 215-255, 1993.
- SHAVIRO, Daniel. The confrontation clause today in light of its common law background. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, n. 26, p. 337-366, 1991.
- SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 5-13, 1999.
- SKLANSKY, David Alan. Confrontation and fairness. *Texas Tech Law Review*, n. 45, p. 103-111, 2012.
- ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei n. 13.431/2017*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017, de André Nicolitt e Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd – *RBCCrim* 160/261-294 (DTR\2019\40704); e
- Protocolos de oitiva especial de criança segundo a recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei 13.431, de 5 de abril de 2017, de Antonio Jorge Pereira Júnior, Marília Bitencourt Calou Rebouças e Marynna Laís Quirino Pereira – *RT* 993/403-420 (DTR\2018\17933).