



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriela Duha Schultz Morschbacher

RG: 5.642.915

CPF: 052.153.499-24

Matrícula: 12203792

Título do TCC: A VOZ DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL

Orientador(a): Dr^a Josiane Rose Petry Veronese

Eu, Gabriela Duha Schultz Morschbacher, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de julho de 2017.

Gabriela Duha Schultz Morschbacher

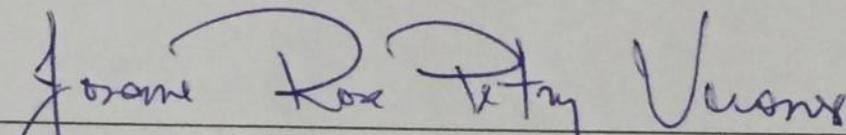
Gabriela Duha Schultz Morschbacher

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

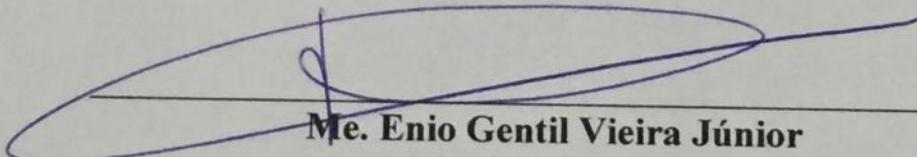
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A voz da criança no processo judicial**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gabriela Duha Schultz Morschbacher**, defendido em **05/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

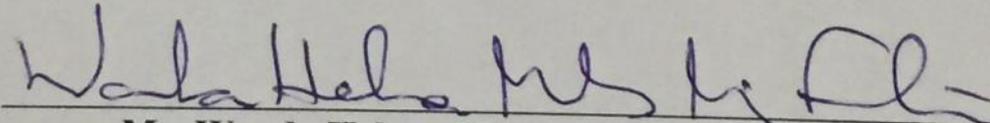
Florianópolis, 05 de Julho de 2017.



Dra. Josiane Rose Petry Veronese
Professora Orientadora



Me. Enio Gentil Vieira Júnior
Membro de Banca



Me. Wanda Helena Mendes Muniz Falcão
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A VOZ DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL

Gabriela Duha Schultz Morschbacher

Florianópolis – SC

2017

GABRIELA DUHA SCHULTZ MORSCHBACHER

A VOZ DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Josiane Rose Petry Veronese

Florianópolis – SC

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A VOZ DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Gabriela Duha Schultz Morschbacher, defendido em 05/07/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de julho de 2017.

Dra. Josiane Rose Petry Veronese
Professora Orientadora

Me. Enio Gentil Vieira Júnior
Membro de Banca

Me. Wanda Mendes Muniz Falcão
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Luciana, exemplo de mulher guerreira, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus avós, Claudio, Maria, José e Tânia por serem exemplos de dedicação.

Aos meus tios e tias, que sempre me incentivaram nas horas difíceis da graduação.

Ao meu pai que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu e pode repassar experiências de vida que levarei comigo.

Aos amigos e amigas que fiz durante a graduação, especialmente através da Atlético Direito UFSC, e que fizeram parte da minha formação e continuarão presentes em minha vida com certeza.

À Dr^a Daniela, por todo o suporte, conhecimento e confiança dada durante esses anos.

Aos professores que tive nesta Universidade, cujos ensinamentos construíram meu saber jurídico.

À Dr^a Josiane Veronese, pela orientação, dedicação e paciência durante a elaboração do trabalho, por ser um exemplo de Professora a ser seguido e por despertar em cada aluno o sentimento de jamais se acomodar, sempre buscar ampliar o seu conhecimento.

Para todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar, através do método indutivo, por meio de artigos e estudos realizados ao longo das últimas décadas, a necessidade do Sistema de Justiça repensar as práticas judiciárias que, a despeito da premissa que a criança é “absolutamente incapaz”, da ausência de procedimentos específicos para sua oitiva e do despreparo dos profissionais, muitas vezes, ignoram a importância da opinião da criança em relação às decisões que a afetem. Embora não se possa desconsiderar os avanços realizados a partir da iniciativa e do esforço pessoal de magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos em alguns estados brasileiros voltados à superação destes paradigmas, como em Pernambuco, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Para tanto, a monografia resta-se dividida em três capítulos, a saber: no primeiro dedica-se ao estudo do espaço que a voz da criança vem conquistando e sua condição como sujeito em desenvolvimento. Por sua vez, o segundo, trata-se da análise do quadro da justiça brasileira à garantia deste direito, juntamente com os benefícios do “depoimento sem dano”. Por fim, o último centra-se na urgente e necessária incorporação dos procedimentos indicados pela ONU, observando o direito à informação e adaptação do ambiente, bem como a capacitação dos profissionais.

Palavras-chave: Voz da Criança; Depoimento Acolhedor; Convenção sobre os Direitos da Criança; Comitê dos Direitos da Criança da ONU; Direito de informação.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil brasileiro

CCLC – *Coram Children's Legal Centre*

CEDEDICA – Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CRC – *Committee on the Rights of the Child* (Comitê dos Direitos da Criança)

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ONG – Organização não governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

UNICEF – Fundação das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A JUSTIÇA DE SER CRIANÇA.....	11
1.1 As vozes das crianças reforçadas pela legislação ao passar do tempo.....	12
1.2 Autonomia progressiva <i>versus</i> capacidade civil.....	15
1.3 O déficit acerca do grau de compreensão que a criança tem do sistema judicial.....	18
1.4 O “caso do menino Bernardo”	22
2 O QUADRO DA ESTRUTURA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE BRASILEIRA E O DEPOIMENTO ACOLHEDOR	26
2.1 A recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 33/2010.....	26
2.2 A resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA nº 169.....	29
2.3 A Lei n. 13.431/2017 e os procedimentos da escuta especializada.....	30
2.4 O depoimento acolhedor.....	31
2.4.1 Funcionamento	32
2.4.2 Procedimento.....	34
2.5 A Psicologia Forense	36
2.6 A união entre o depoimento acolhedor e o direito à informação	37
3 A NECESSIDADE DE REFORMA E ADOÇÃO DE PRECEITOS ESPECÍFICOS ACERCA DA OITIVA DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL.....	39
3.1 Comentários Gerais acerca do Comitê dos Direitos da Criança	40
3.1.1 A criança como sujeito de Direito Internacional	41
3.1.2 Comentário Geral nº 5 – Medidas Gerais de Implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança.....	43
3.1.3 Comentário Geral nº 12 – O direito da criança a ser ouvida	46
3.2 <i>Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice</i>	52
3.3 A incorporação à legislação brasileira dos procedimentos alinhados pelo Comitê dos Direitos da Criança aliada ao avanço da psicologia forense.....	54

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho envolve o âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, porquanto se trata do procedimento e faculdade da oitiva de crianças perante os processos judiciais.

O método científico utilizado foi o indutivo, tendo em conta que foram avaliados casos particulares, como o do menino Bernardo Boldrini, ocorrido no Rio Grande do Sul, viu-se uma necessidade de estabelecimento de normas, assim, chegando a uma conclusão generalizada. Aludido estudo consistiu em pesquisa bibliográfica e documental.

Por sua vez, a relevância do tema se mostra com a necessidade de detalhamento do conteúdo referente à garantia do direito à participação, com o estabelecimento de regras procedimentais explícitas nos procedimentos judiciais, afigurando-se imprescindível no país para suprir o déficit correspondente à plena incorporação da Convenção sobre os Direitos da Criança nas práticas e na cultura jurídica nacional.

O aprimoramento da política judiciária e o estabelecimento de instâncias judiciais diferenciadas, além de contribuir para a gestão da organização judiciária, representará efetivo avanço na implementação da Doutrina da Proteção Integral e na superação do paradigma da incapacidade, visando consolidar a participação de crianças e adolescentes nos processos como sujeitos titulares de direitos e garantias, tanto nos conflitos de família como nos procedimentos para proteção de seus direitos.

De início, o trabalho abordará acerca do espaço que a voz da criança foi conquistando ao passar do tempo, sua evolução histórica. Ao longo do primeiro capítulo será visto acerca da diferenciação da capacidade civil, em contraste com a autonomia progressiva destes sujeitos em desenvolvimento, bem como trazer estudos acerca dos problemas trazidos pela falta de informação repassada às crianças acerca do processo que está envolvida. Por fim, também trazer-se-á o “caso do menino Bernardo” e como uma postura diferente do Judiciário influenciou em seu resultado.

Em segundo momento, será feito um traçado acerca da atual situação da estrutura da Justiça da Infância e Juventude brasileira. Ver-se-á,

aqui, Recomendações, Resoluções e normas internacionais e nacionais que demonstram, por mais que ainda não significativo, um avanço para a defesa dos direitos da criança e, como uma das consequências, a implementação do depoimento acolhedor. Ainda, a união entre depoimento acolhedor e direito à informação, aliados à constante evolução Psicologia Forense como principal saída para os problemas enfrentados atualmente.

No terceiro capítulo deste trabalho, serão apresentados artigos elaborados pela Organização das Nações Unidas (ONU), com intuito de tornar efetiva a incorporação do disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança aos Estados-Partes, a fim de incorporar à legislação brasileira os comentários lá dispostos que, se alinhados com o desenvolvimento da psicologia forense e à capacitação dos profissionais que tem contato com as crianças nestes processos, poderemos finalmente ter um sistema que considera as crianças como sujeitos titulares de direitos e garantias, além de representar efetivo progresso no respeito do disposto na Doutrina da Proteção Integral.

Todos os detalhes do procedimento da oitiva da criança são de extrema importância, principalmente por serem sujeitos de direito e que merecem a devida atenção.

A adaptação do ambiente de sua escuta, a capacitação de todos os profissionais direta e indiretamente envolvidos com este processo, são mudanças imprescindíveis a fim de assegurar a criança todos os direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Deve-se, então, elaborar um estudo aprofundado nos Juízos em que as crianças são ouvidas, levando como base estes procedimentos já traçados pela ONU, com intuito de constatar possíveis mudanças e adaptações à realidade brasileira, para a elaboração de uma legislação específica a ser seguida.

1. A JUSTIÇA DE SER CRIANÇA

Irrelevante é o discurso de que todas as decisões tomadas são pensando na melhor alternativa para a criança¹, se não lhe é dada voz para que possa manifestar os seus desejos. Em alguns casos, a lei exige que a criança seja ouvida durante o processo, todavia, isto não é a regra, como será demonstrado.

Muitas vezes a criança não tem direito a voz ativa e é apenas informada sobre o resultado final da decisão, principalmente com a justificativa que é “absolutamente incapaz” ou que não teria “discernimento” para opinar sobre o que seria melhor para si.

Neste sentido, em seu artigo “Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça” (2013), Ana Isabel Sani² ressalta:

¹ 1. CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõem aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade devida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos-, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1199465 DF 2010/0120902-0, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 14/06/2011).

2. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MENORES DE DEZ E SETE ANOS EM SITUAÇÃO DE RISCO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA GENITORA FUNDADO NO SUPOSTO CERCEAMENTO DE SEU DIREITO À AMPLA DEFESA. PROVA EMPRESTADA DE PROCEDIMENTO JUDICIAL ANTERIOR. PROCESSO ESCORREITO E EM CONSONÂNCIA COM A PREVISÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA RÉ, EMBORA CITADA REGULARMENTE NAQUELES AUTOS, IMPUTÁVEL, TÃO SOMENTE, AO SEU DESCASO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE E SEGURO NO SENTIDO DE DEMONSTRAR A PROPRIEDADE DA DECISÃO, A TODA EVIDÊNCIA, FUNDAMENTADA NO MELHOR INTERESSE DAS INFANTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.022621-2, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, j. 13-05-2014).

² Professora associada da Universidade Fernando Pessoa (UFP). Doutorada em Psicologia da Justiça pela Universidade do Minho; coordenadora do mestrado em Psicologia da Justiça: Vítimas de Violência e de Crime; coordenadora da Unidade de Psicologia Forense da Clínica Pedagógica de Psicologia da UFP e perita forense, sobretudo nas áreas de vitimação infantil. É ainda investigadora e autora de várias publicações nacionais e internacionais.

Se a legislação reforça o direito da criança a ter uma voz, porque é que se sustenta ainda em alguns domínios o paradoxo de serem os adultos a reproduzir as suas vozes? Teoricamente proclama-se justiça para o ser “criança”, mas na prática os direitos, como os de participação e autonomia, não se efetivam, com claras implicações sociais para quem não deixou ainda a infância, esse tempo sobre o qual se vem refletindo desde há séculos. A desconstrução e reconstrução da infância não é algo que deva ocorrer somente nas nossas próprias mentes – isto envolve uma luta de forma a aumentar as opções práticas das crianças e a transformar o contexto social e político, no qual cada criança vive.

Um dos direitos fundamentais da criança é estar sob proteção dos adultos, pois precisa de pessoas como referenciais para o seu crescimento. Na atualidade, nota-se uma redução dos poderes paternos, em decorrência da defesa dos direitos das crianças contra seus pais, aumentando assim a intervenção estatal nestas relações. Assim, aos poucos, vamos notando um aumento do protecionismo do Estado, em defesa dos direitos da criança, como Irène Théry, em sua obra “Os novos direitos da criança” (1996), intitulou.

1.1 As vozes das crianças reforçadas pela legislação ao passar do tempo

Desde a segunda metade do século XX, é indiscutível a crescente proteção da infância e do seu reconhecimento como sujeito de direito. Josiane Rose Petry Veronese, (2016, p.4), afirma, contudo, que isto fora reflexo de um movimento anterior, norte-americano, chamado de “Salvadores da Criança” que: “a partir do final do século XIX, mostrou ao mundo a experiência considerada revolucionária dos tribunais para menores, por meio de instituições especiais, judiciais e correicionais para o encarceramento, tratamento e vigilância dos jovens”.

Todavia, era evidente que seus objetivos traziam diferenças acentuadas, principalmente entre Estados Unidos e Europa, conforme se extrai do trecho:

A implantação dos Tribunais para Menores, no entanto, foi precedida de uma série de medidas que justificavam a sua criação. Enquanto na Europa se desenvolveu um profícuo debate sobre as vantagens de separar os infratores menores dos adultos, para a tarefa da regeneração fundando-se estabelecimentos tanto públicos como privados, como penitenciária para menores, colônias agrícolas ou industriais,

nos Estados Unidos, os esforços de mais de trinta anos das diversas organizações intervenientes na defesa das crianças, especialmente dos “Salvadores da Criança”, resultaram na criação de uma jurisdição especial para menores, com o propósito de tirar a criança do processo penal e criar programas especiais para delinquentes e abandonados.³

Assim, já se via há mais de século um precursor do que ainda não conseguimos concretizar hoje, isto é, o Tribunal para Menores já trazia a ideia de retirar de cena a figura formal do juiz, acusado, promotor e advogado. Mais importante do que a materialidade do “delito” e seu consequente julgamento, é o motivo que levou à criança ou ao adolescente praticar aquele ato, aprofundando-se em sua personalidade.

O tribunal de menores não julga, efetivamente, delitos, mas examina indivíduos. É a desmaterialização do delito, que coloca o menor num dispositivo de instrução penal interminável e de julgamento perpétuo: dissolução da separação entre a instrução do processo e decisão. É o momento em que se tem início as medidas de observação da criança – em seu médio, quando é deixada em liberdade, em internato ou em prisão. É o momento em que ele é examinado por psicólogos e psiquiatras, em que se ordena um inquérito sobre sua família pela polícia ou por assistentes sociais. A verdadeira instrução penal passa a ser, portanto, uma avaliação do menor e do seu meio por uma corte de especialistas da patologia social. Avaliação que se transforma em ação após julgamento. [...] A dissolução do delito possui também seu efeito de retorno: o deslocamento da forma jurídica da apelação do passível de justiça para o justiceiro.⁴

Eglantine Jebb, fundadora do *Save the Children Fund International Union*, foi uma das principais figuras à elaboração da primeira versão da Declaração Universal dos Direitos da Criança, também conhecida como a Declaração de Genebra de 1924.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1946, houve a criação da Fundação das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), órgão das Nações Unidas que tem como objetivo promover a defesa dos direitos das crianças, ajudar a dar resposta às suas necessidades e contribuir para o seu desenvolvimento. Este órgão é responsável pela fiscalização dos preceitos

³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 18.

⁴ DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 104.

dispostos na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada em 1959.

Entretanto, viu-se que não eram suficientes as garantias lá expostas, e, diante das diversas novas situações que surgiam, fora proposta a criação da Convenção dos Direitos da Criança, tendo caráter vinculativo, isto é, facultando aos Estados-Parte uma tomada de posição ativa na adaptação das suas legislações, desde que em conformidade com esta.

Um dos principais objetivos da Convenção sobre os Direitos da Criança, que veio a ser ratificada e incorporada a legislação brasileira em 1990, foi colocar em destaque a necessidade de a criança estar efetivamente envolvida nas decisões que fossem tomadas a seu respeito, sendo imprescindível que sua voz seja ouvida.

Através da Convenção sobre Direitos da Criança, os países sentiram-se pressionados à implementá-lo em seus estatutos legais, garantindo às crianças maior participação nas questões que lhes dizem respeito, exigindo que o Estados-membros prezem pela vida e qualidade de vida das crianças, bem como que qualquer decisão leve em consideração, primordialmente, o máximo bem estar da criança.

Uma das mais significativas discussões atualmente é a questão de que, muitas vezes, é negada à criança uma voz, pois o sistema que o país adota é excessivamente protetivo, colocando os adultos e crianças em patamares diferentes, sendo que aqueles teriam a autoridade para definir o que é o melhor interesse das crianças, mas a questão é, quem pode definir melhor que a decisão tomada está sendo para o seu próprio bem? Quais são os parâmetros que os julgadores levam em conta para decidir por elas quando elas não são nem ouvidas?

Na maioria das vezes, as legislações elaboradas com intuito de proteger as crianças, acabam as deixando ainda mais vulneráveis do que se não existissem. É necessária a discussão acerca dos limites dessas legislações e até que ponto elas são realmente benéficas ou acabam por tirar autonomia e direito à participação da criança assegurados.

Na legislação brasileira, a partir da ratificação da Convenção, estabeleceu-se um microssistema de proteção dos direitos fundamentais infantoadolescentes, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente o responsável pela imposição de obrigações no tocante ao funcionamento das

“instituições responsáveis pela promoção, defesa e controle dos direitos de crianças e adolescentes, criando órgão até então sem precedentes, como o Conselho Tutelar e o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.”⁵.

Entretanto, apenas a elaboração de normas não é suficiente. Deve-se focar no reconhecimento da autonomia progressiva da criança, avaliando a sua capacidade de entendimento e maturidade à escolha da melhor alternativa para si.

1.2 Autonomia progressiva *versus* capacidade civil

A Convenção sobre os Direitos da Criança atribui às crianças o caráter de sujeito especial, com certa autonomia progressiva, e também, prevê a obrigação tanto dos Estados-Partes quanto dos pais, membros da família e comunidade de respeitá-la e garanti-la, *in verbis*:

Artigo 5. Os Estados-Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Todavia, de encontro a esta autonomia, o nosso Código Civil, com o intuito de resguardar o patrimônio do incapaz e a segurança das relações jurídicas, prevê como “absolutamente incapaz” os menores de 16 (dezesesseis anos)⁶. Assim, como bem fundamenta Eduardo Rezende Melo, é preciso superar essa concepção histórica e limitada para que possamos dar o devido reconhecimento das competências subjetivas e jurídicas da criança, para que esta possa assumir posições jurídicas na sociedade.

Para tanto, é fundamental ter presente o quanto a capacidade de ação por parte de crianças e adolescentes está limitada por toda uma estruturação histórica de concepção de autonomia e

⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 149.

⁶ A Lei n. 10.406/2002, Código Civil Brasileiro, em seu artigo 3º prevê que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos” e são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos (artigo 4º, I).

dos direitos subjetivos fundados em referenciais adultocêntricos, racionais, de que crianças e adolescentes não seriam detentores por completo. A referência à própria concepção de 'desenvolvimento' aludida por Foucault é retrato disto. Por isso, não basta a afirmação de que se é sujeito de direito. Precisa-se compreender de modo distinto como reconhecer as competências jurídicas através da legitimação da participação social de crianças e adolescentes, pelo reconhecimento de suas competências sociais.⁷

No mesmo contexto, Josiane Rose Petry Veronese (2012, p. 83) levanta a possibilidade de que se esse sujeito em desenvolvimento não estaria sendo reduzido à não-maturidade, não-capacidade, não-suficiência, e, conseqüentemente, à não-eficiência.

Resta evidente que a avaliação da capacidade da criança a fim de que sejam seus direitos garantidos não pode limitar-se ao disposto no Código Civil, pois além de ser justamente o contrário do reconhecimento da criança como sujeito especial, com capacidade progressiva, violaria expressamente o disposto no artigo 12 da Convenção, *litteris*:

Artigo 12. Os Estados-Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Dessa maneira, é inconcebível que os critérios estabelecidos no Código Civil brasileiro vigente suprimam ou restringam o exercício de qualquer direito de que a criança seja titular. Isto porque, sua liberdade é garantida também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente, nos

⁷ MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e adolescentes em situação de Rua**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46-47.

artigos 15, 16, 17 e 142, parágrafo único⁸, onde o poder familiar vê-se limitado ao respeito à intrínseca autonomia individual da criança, como sujeito em desenvolvimento, e à prioridade absoluta na defesa de seus direitos fundamentais.

Conforme disposto no artigo 12, já transcrito, é função primordial do Estado garantir à criança o direito de expressar sua opinião, desse modo, em cada caso concreto, deve o Estado avaliar e adotar as medidas necessárias a fim de que este direito lhe seja assegurado, superando-se a dicotomia entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, como elucida Pietro Perlingieri:⁹

[...] é necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade (retro, cap. 7, § 110). A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.

Gustavo Tepedino¹⁰, acertadamente, aduz que as capacidades de discernimento, no sentido de entender e de querer, vão evoluindo juntamente

⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis; Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – brincar, praticar esportes e divertir-se; V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI – participar da vida política, na forma da lei; VII – buscar refúgio, auxílio e orientação; Art. 17. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor; Art. 142, parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. Todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 260.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias**. In: Temas de Direito Civil, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

com o sujeito especial, sendo que estas, por serem direitos fundamentais, são de impossível transferência a terceiros.

Expressamente prevista na Constituição Federal, a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente¹¹, sendo estes sujeitos em peculiar grau de “discernimento”, e que não devem ser criados obstáculos à idoneidade do exercício de seus direitos, garantindo um crescimento cada vez mais efetivo na defesa dos seus interesses.

Na medida em que “os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais”.¹²

Além de ser necessário esse entendimento quanto a concepção de capacidade da criança, deve-se buscar compreender a imagem e conclusões que esta tem do sistema judiciário.

1.3 O déficit acerca do grau de compreensão que a criança tem do sistema judicial

Catarina Ribeiro, em sua obra “A criança na justiça”, coloca em destaque um ponto de vista pouco debatido até então:

Efectivamente, muito menos se tem escrito acerca do que pensa a criança sobre o tribunal, das expectativas que tem sobre a sua participação nos processos (ou da ausência desta), da condução dos processos judiciais, bem como dos significados e sentidos dos mesmos na sua trajectória pessoal, do impacto da interação com os diferentes intervenientes do processo e dos significados atribuídos às decisões que a envolvam directamente.¹³

O contraste está no avanço nos estudos das condições em que a criança deve intervir na Justiça parece, com a escassez de investigação sobre o que pensam as crianças do cenário judicial.

¹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 227, caput: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito 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 de colocá-los a salvo de toda forma de negligenciar, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹² TEPEDINO, Gustavo. **A tutela constitucional da criança e do adolescente**: projeções civis e estatutárias. In: Temas de Direito Civil, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 212.

¹³ RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009. p. 84.

Que tipos de representações constroem acerca da Justiça? Quais as suas expectativas? Qual a natureza e o nível de conhecimentos que as crianças tem acerca deste domínio?

Catarina Ribeiro (2009, p. 90) ressalta que existem, a princípio, três fases do conhecimento: 1ª muito lacunar, 2ª onde o conhecimento já existe mas é muito impreciso e repleto de percepções desadequadas e, finalmente a 3ª, que é a compreensão de domínio mais precisa.

Segundo estudo de Saywitz, 1990, nos Estados Unidos, pode-se perceber que as crianças mais novas apresentam um maior número de respostas imprecisas, enquanto as de idade mais elevada, por mais que não tenham certeza, arriscavam a resposta, o que, por muitas vezes, era tida como mentira.

O estudo explora também os factores que podem influenciar a compreensão dos termos legais, como por exemplo, as competências não verbais, a experiência prévia de contacto com o tribunal e a exposição frequente a programas de televisão sobre o funcionamento dos tribunais. Foram seleccionadas 35 palavras que foram apresentadas isoladamente às crianças e, num segundo momento, as mesmas palavras foram apresentadas no contexto de frases habitualmente proferidas no contexto judicial. Foi pedido às crianças que dissessem tudo o que soubessem acerca das palavras ou frases “a uma pessoa doutro planeta que nunca ouviu estas palavras”. Os resultados indicam que o conhecimento que as crianças tem da terminologia legal varia em função da idade, sendo que as crianças mais novas apresentam um nível de conhecimentos mais baixo. Alguns termos são adquiridos muito precocemente (por exemplo, polícia, Juiz), no entanto, a maioria dos termos não está adquirida antes dos dez anos de idade (por exemplo: testemunha, procurador, juramento, advogado). Algumas palavras parecem ser de difícil compreensão, independentemente da idade: alegação, procurador, por exemplo.¹⁴

Outrossim, sobressai-se o estudo publicado por Puysegur e Corroyer, em 1987, cujo objeto de estudo foi que tipo de representações sociais as crianças entre 6 e 10 anos tem sobre o sistema penal ao longo do processo desenvolvimental, procurando verificar se existe representações

¹⁴ RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009. p. 89.

associadas a determinadas faixas etárias ou, pelo contrário, se as representações são transversais ao desenvolvimento.

Neste estudo, o questionário para avaliação do conhecimento dos sujeitos deu-se a partir de um conjunto de palavras e identificação das fontes de informação e representações sociais em relação ao funcionamento das instituições penais e continham as seguintes indagações:

1) Noções acerca de figuras como polícia, Juiz, testemunha, tribunal, prisão, etc; 2) natureza das fontes de informação, de onde a criança adquiriu aquela informação; 3) conhecimentos acerca do funcionamento das instituições judiciais e dos procedimentos; e 4) opinião acerca do sistema penal em particular.

O resultado foi no sentido de que “não foi possível identificar patamares etários nos quais se pudessem situar determinadas representações. Ou seja, os resultados demonstram a existência desde os seis anos de representações diferenciadas, mas que não são específicas de uma determinada faixa etária.”¹⁵

Assim, viu-se que um dos elementos centrais no tocante às fontes de informação fora a educação familiar, não tendo a idade um papel tão preponderante. A diversidade de opiniões de crianças da mesma faixa etária mostrou que as experiências pessoais tem grande influência.

Em síntese, o modelo educativo, o funcionamento psicológico individual, as suas vivências quotidianas de contacto com regras, a influência dos meios de comunicação social contribuem, em conjunto, para a emergência de vários tipos de representações do sistema penal apresentadas pelas crianças, pelo que estes factores devem ser considerados na concepção da intervenção da criança no âmbito do sistema penal.¹⁶

Assim, consensual entre os autores que até os 11 anos de idade as respostas dada às perguntas acerca do entendimento das crianças em relação ao procedimento judicial, eram todas na mesma linha, estereotipadas, como:

¹⁵ RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009. p. 92.

¹⁶ Ibid.,. p. 93-94.

“lei é uma coisa que é para fazer, [...] é preciso respeitar para não ser castigado”, o juiz como “uma pessoa que manda os ladrões para a prisão”.¹⁷

O domínio do vocabulário e o conhecimento que as crianças apresentam relativamente ao contexto judicial é, aparentemente, o objeto de investigação que mais interesse tem suscitado aos investigadores. Esta questão é muito enfatizada nas investigações porque uma das hipóteses avançadas para explicar o facto de as crianças manifestarem algumas dificuldades em testemunhar se prende com o desconhecimento do vocabulário jurídico incluído nas perguntas e questões que lhes são colocadas. (FLIN et al., 1989).¹⁸

A criança acredita que pode ir presa caso não diga a verdade, contrariando a máxima de que a criança pode mentir mais do que um adulto perante a Corte.

Os resultados sugerem ainda que a falta de conhecimento dos procedimentos poderá levar a interpretações desadequadas relativamente à participação da criança em tribunal, pelo que os autores concluem que há uma grande necessidade de preparar a criança para intervir em tribunal, transmitindo-lhe mais informação sobre o funcionamento do sistema e desmistificando algumas crenças disfuncionais. Adicionalmente, os profissionais do aparelho jurídico-penal deverão estar atentos às características do funcionamento infantil e adaptar a sua abordagem às expectativas e necessidades da criança.¹⁹

Diante do exposto, aviva-se que não é de profissionais “vocacionados” que o sistema judicial necessita, mas sim de profissionais qualificados.

O envolvimento da criança no processo judicial é uma tarefa extremamente complexa, contudo, não pode-se mais protelar a adequação do sistema legal para lidar com as particularidades da oitiva destes sujeitos de direito, bem como a instrução das crianças acerca do processo que lhes dizem respeito.

¹⁷ RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009. p. 95.

¹⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹⁹ *Ibid.*, p. 98-99.

1.4 O “caso do menino Bernardo”

Um caso que chamou bastante atenção da mídia nacional foi a morte da criança Bernardo Uglione Boldrini, de 11 anos, que fora encontrado sem vida, em um matagal, enterrado dentro de um saco, no dia 14 de abril de 2014, após dez dias de desaparecimento, na cidade de Frederico Westphalen, no Rio Grande do Sul.

Bernardo, que morava com a madrasta e com o pai, teve como causa de sua morte a aplicação de uma injeção letal aplicada pela madrasta.

No fim de janeiro de 2014, o menino procurou sozinho o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDEDICA – do Foro da sua cidade pedindo ajuda à promotora Dinamércia Maciel de Oliveira. Ele queria sair de casa e ir morar com outra família e os motivos seriam as constantes brigas com a madrasta e o fato de o pai não tomar providências em relação a isso.²⁰

O Ministério Público Estadual então ajuizou uma medida protetiva, solicitando ao Judiciário que passasse a guarda do menino Bernardo à avó materna. Assim, fora realizada uma audiência entre Leandro e o juiz da Infância e da Juventude, Fernando Vieira dos Santos.

Poucos dias depois, o pai de Bernardo pediu uma chance de reaproximação com o filho, o juiz, então, aceitou, e marcou uma nova reunião para o mês de maio, e enquanto isso, a rede de proteção infantil deveria observar a família e reportar à Promotoria, o que, infelizmente, não aconteceu, nenhum relatório fora entregue à Promotora.

Após o anúncio do falecimento, o juiz responsável pela decisão afirmou: “Isso é dito no Estatuto da Criança e do Adolescente. A reinserção dos vínculos familiares é a providência padrão. Não imaginávamos que tivesse esse desfecho. Porque não havia qualquer informação de agressões. Então, tomamos essa decisão baseada nas premissas legais” e, a promotora: “Nós perguntamos se ele apanhava, se havia alguma cena de violência e ele relatou

²⁰ UOL. Menino Bernardo procurou ajuda, mas auxílio só chegou depois de sua morte, 2014. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/17/menino-bernardo-procurou-ajuda-mas-auxilio-so-chegou-depois-de-sua-morte.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

que não”.²¹

A reflexão que se pretende trazer é de que em quais circunstâncias houve a oitiva do menino Bernardo? Será que fora em um ambiente que traria o conforto e segurança necessários para que ele expusesse realmente o que estava sentindo? Será que houve um acompanhamento psicológico, um estudo social e a sua real oitiva? Ou apenas o colocaram para “depor” e perguntaram se ele queria ficar com seus pais?

Segundo a Psicóloga Débora Freitas²², evidente era o abuso psicológico sofrido,

Bernardo que tinha um pai que não ia às reuniões da escola, que não estava presente na Primeira Comunhão, que sequer chamava-o de filho. Bernardo que não podia entrar em casa quando o pai não estava porque a madrasta não abria a porta. A mesma madrasta que tentou asfixiá-lo com um travesseiro enquanto dormia. Bernardo que não podia manter contato com a avó materna, que perambulava pelas ruas sozinho. E que sozinho foi até o Ministério Público pedir ajuda.

E se tivesse sido diferente: Se Bernardo aparecesse machucado, com lesões no corpo, se houvesse relatado que estava sendo vítima de maus tratos físicos? Teria possivelmente sido retirado de imediato desta família. Mas não foi assim e, infelizmente, as lesões na alma não são visíveis. E por isso, parecem que são menores. Humilhação, abandono, rejeição, ofensas, descaso, ameaças, podem deixar cicatrizes tão profundas quanto uma violência física.

São justamente essas “lesões não visíveis” que só aparecerão caso aconteça a reformulação do processo de ouvida. É quase impossível que uma criança sentada em frente aos seus pais, em meio a várias figuras de adultos praticantes da voz formal (advogados, juízes, promotores), vá conseguir se sentir a vontade e falar o que realmente quer.

Inúmeras vezes a criança ou não é nem consultada acerca dos fatos, ou se é, o magistrado não leva em consideração sua opinião porque reputa que ela não tem o discernimento necessário a escolher o que lhe é

²¹ PIRES, Estêvão. 'Me senti enganado', diz juiz que manteve menino com o pai no RS, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/me-senti-enganado-diz-juiz-que-manteve-menino-com-o-pai-no-rs.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

²² FREITAS, Débora. O pedido que não foi ouvido (Caso Bernardo) - Psicóloga Débora Saldanha de Freitas, 2014. Disponível em: <<http://www.farrapo.com.br/noticia/2/6914/O-pedido-que-nao-foi-ouvido-Caso-Bernardo---Psicologa-Debora-Saldanha-de-Freitas?i=12>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

conveniente, como aconteceu no presente caso.

Foram sucessivos erros que trouxeram um fim trágico à vida do menino Bernardo, e no que tange ao Judiciário, o principal ponto foi o procedimento e a importância da escuta da criança. Se a criança já foi, por espontânea vontade, ao Fórum, solicitar que não ficasse mais sob a guarda de seu pai, como que sua voz não fora levada em consideração?

Caso o juiz e a promotora tivessem ouvido sua voz, entrevistado as pessoas que conviviam com o menino Bernardo, teriam visto que ele já tinha capacidade – e também necessidade – para escolher o que era melhor para si. O pai e a madrasta não cuidavam do menino, seja do seu vestuário, alimentação e até abrigo para dormir. Bernardo além de ter que ir atrás de onde dormir, comer, fazer suas tarefas, tomava sozinho três medicações controladas.²³ Assim, restava evidente a sua capacidade de fazer suas próprias escolhas no que tange a sua guarda, sendo inadmissível a justificativa dada pelo juiz quando concedeu a guarda para o pai por mais um mês.

É importante frisar que este caso tornou-se público, mas quantos outros já aconteceram? Ou que estão acontecendo hoje em dia? O sistema da oitiva das crianças judicial precisa ser revisto urgentemente. E mais importante do que ser revisto é que seja efetivamente adotado pelos juristas.

Indispensável é a adoção urgente de medidas e procedimentos que visem garantir uma adequada e não passiva participação da criança, a reconhecendo como sujeito em desenvolvimento, com vontades próprias e capacidade, conforme avaliação psicológica forense.

Segundo Ana Isabel Sani:

[...] crianças expostas a violência doméstica dos seus progenitores, questionemo-nos se a proteção não é uma espécie de espartilho que lhes estreita os direitos e as deixa sem a opção de poder escolher ter uma voz, num problema que é real, com que se confrontaram e com o qual terão muitas vezes de aprender a conviver. O processo de decisão judicial é para as vítimas de crime uma etapa decisória importantíssima na reconstrução das suas vidas, que lhes cria tanta mais ansiedade, quanto mais fora está do seu controlo ou quanto menor forem as oportunidades de se fazerem ouvir. Ao não as

²³ IRION, Adriana. As falhas na rede de proteção que não salvou Bernardo Boldrini, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/09/as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-bernardo-boldrini-4608042.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ouvir e, conseqüentemente, ao não termos em consideração os efeitos do crime, podemos estar a ocultar e iludir questões de responsabilidade individual e mesmo criminal (MACHADO, 1996).²⁴

Embora não previsto procedimento específico na legislação nacional, do ponto de vista da garantia constitucional de acesso à Justiça em geral – não somente nos casos específicos de vítima ou testemunha de violência, previsto na Lei n. 13.431/2017²⁵ – deve ser garantido à criança ainda o acesso direto e pessoal a todos os órgãos administrativos e judiciais, incluindo o Poder Judiciário, o Ministério Público e à Defensoria Pública, conforme prevê o artigo 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

Destarte, a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário devem se organizar de maneira que a criança possa exercer seu direito fundamental de ser ouvida, seja capacitando seus servidores, adaptando seus ambientes, ou qualquer outra medida que seja necessária.

O próximo capítulo trará uma breve retrospectiva na evolução da Justiça da Infância e Juventude brasileira, através de recomendações, resoluções e leis, que demonstram a tentativa, ainda que não totalmente eficaz, à defesa dos direitos da criança. Bem como explicar-se-á acerca dos benefícios que o depoimento acolhedor, com pontuais ressalvas, pode trazer à oitiva da criança no processo judicial.

²⁴ SANI, Ana Isabel. Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça, 2013. Disponível em: <<https://eces.revues.org/1668>>. Acesso em: 28 jun. 2017. p. 6.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

2. O QUADRO DA ESTRUTURA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE BRASILEIRA E O DEPOIMENTO ACOLHEDOR

Atualmente, em nosso sistema de justiça, a escuta de crianças e adolescentes é feita, na maioria das vezes, por assistentes sociais e psicólogos que compõem as equipes interdisciplinares dos juízos.

Todavia, há de se ressaltar que a escuta da criança adquire diferentes pesos, dependendo das causas em julgamento. Isso decorre, principalmente, porque muitas vezes há a percepção de que a criança não entende muito bem a situação que está envolvida.

Isto é, por mais que ela tenha voz no processo, por não ser explicada da maneira correta e de uma forma que ela compreenda os fatos e consequências da sua voz, ocorre uma “diminuição” do peso da sua opinião.

Neste capítulo, pretende-se apresentar de maneira breve a evolução das legislações, resoluções e recomendações que o Poder Judiciário vem implementando na tentativa de estabelecer condições mais propícias à oitiva da criança, bem como ressaltar os problemas que as atuais estruturas da Justiça da Infância e Juventude enfrentam, e de que maneira a implantação do depoimento acolhedor ajudou na resolução de alguns destes gargalos.

2.1 A recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 33/2010

Infelizmente, é comum crianças serem ouvidas nas mesmas condições de um adulto, ainda, sem a devida preparação e explicação da situação em que está inserida e das implicações que sua participação pode trazer.

Com a recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 33/2010, publicada em 25 de novembro de 2011, o Poder Judiciário começou a se organizar com intuito de adaptar-se para que a criança tenha um tratamento digno no Sistema de Justiça, compatível com a sua condição de ser em desenvolvimento.

É o teor da Recomendação²⁶:

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>> Acesso em: 25 jun. 2017.

I – a implantação de sistema de depoimento vídeogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;

a) os sistemas de vídeo gravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de 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 para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;

b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

Inicialmente cabe destacar que já vemos desdobramentos deste item na legislação brasileira. A Lei n. 13.431/2017, que será comentada no subitem 2.3, traz expressamente o procedimento da oitiva especializada da criança e do adolescente, contudo, a referida Lei trata dos casos específicos de investigações de violência.

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

Os participantes aqui mencionados seriam desde psicólogos e pedagogos – os principais, até servidores do próprio Judiciário, desde que tenham recebido o devido treinamento e capacitação para a situação.

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

O Conselho Federal de Psicologia emitiu um Parecer acerca da prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência²⁷, abuso ou exploração sexual, onde ressaltou que “a escuta do profissional caracteriza-se por ser uma relação de cuidado, acolhedora e não invasiva, para a qual requer a disposição de escutar, respeitando-se o tempo de elaboração da situação traumática, as peculiaridades do momento do desenvolvimento e, sobretudo visando a não revitimização”. Assim, resta evidente que não deve ser realizada uma inquirição, o profissional não deverá utilizar de estratégias para a “extração da verdade”, mas sim, estar disposto a ouvir a criança, respeitando o seu tempo e vontade.

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

Ainda, o Conselho aduz que: “escutar e inquirir, como já dito anteriormente, são procedimentos totalmente diferentes, devendo a criança sempre ser escutada, mas não inquirida.”.

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

Isto posto, pode-se perceber que, aos poucos, o Judiciário vem tentando adaptar-se à crescente demanda da revisão dos protocolos judiciais acerca da oitiva de crianças, com base no depoimento acolhedor, principalmente no que tange crimes e contravenções penais.

Esta recomendação, sendo um dos primeiros desdobramentos da implementação do depoimento acolhedor, abriu as portas para que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente emitisse uma resolução

²⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Conselho Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual, 2015. Disponível em: <<http://www.portal.crppr.org.br/uploads/ckfinder/files/Parecer%20CFP%20Escuta%20Especial%20de%20Crian%C3%A7as%20e%20Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

complementando as garantias que devam ser dadas às crianças quando envolvidas em processos judiciais.

2.2 A resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA nº 169

O Conselho Nacional Dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA possui o dever e a competência constitucionalmente prevista de zelar pela devida e eficiente aplicação das normas de proteção às crianças e adolescentes no Brasil, inclusive por meio da edição de Resoluções, as quais são atos normativos primários previstos no artigo 59 da Constituição Federal.

A Resolução n. 169, de 13 de Novembro de 2014, dispõe sobre a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em atendimento por órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos artigos n. 86, 87, incisos I, III, V e VI e 88, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Prevê que nos casos em que crianças ou adolescentes precisem ser ouvidos em juízo, há de ser resguardado que o atendimento contemple os meios técnicos e metodológicos necessários à preservação da sua integridade física, psíquica e moral, respeitando suas vulnerabilidades e o desenvolvimento progressivo de suas capacidades (art. 3º, caput), inclusive ter resguardado o direito à privacidade e ao sigilo (art. 3º, § 3º).

Dentre seus artigos, impende ressaltar:

Art. 2º, § 3º Recomenda-se que sejam asseguradas à criança e ao adolescente todas as informações acerca dos casos em que estejam envolvidos para que possam melhor opinar.

Art. 5º Recomenda-se que entrevista, o estudo social, o estudo psicológico e a perícia da criança e do adolescente sejam conduzidos por profissionais tecnicamente habilitados, possibilitando o reconhecimento da situação vivenciada e permitindo a busca de medidas de proteção adequadas às especificidades dos sujeitos envolvidos.

Art. 6º Quando manifestarem o desejo de serem ouvidos em procedimento judicial, recomenda-se que a criança e o adolescente sejam previamente e adequadamente informados de seus direitos por equipe interprofissional ou multidisciplinar.

Destarte, pode-se perceber que além da preocupação concernente ao ambiente em que será ouvida, também destaca-se a importância à informação que deve ser repassada a criança acerca da situação que está inserida.

2.3 A Lei n. 13.431/2017 e os procedimentos da escuta especializada

A Lei 13.431, de 04 de abril de 2017, de autoria da deputada federal Maria do Rosário, do Rio Grande do Sul – estado pioneiro na implantação do depoimento acolhedor –, e outros dez parlamentares, trouxe grande importância para o Direito da Criança e do Adolescente. Dois aspectos da lei merecem destaque: o primeiro, acerca da ampliação do escopo da consideração da violência também às crianças e adolescentes que a testemunham, o segundo, versa sobre a especificação dos tipos de violência, seja psicológica, física, sexual ou institucional.

Pela primeira vez o depoimento especial é explicitamente mencionado em Lei, assegurando à criança e ao adolescente vítimas de violência o direito de serem ouvidos em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaços físicos que garantam sua privacidade

Assim, compete à União, estados, Distrito Federal e municípios desenvolver:

[...] políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.²⁸

O texto diz ainda como serão feitos o atendimento e o encaminhamento das denúncias e detalha os procedimentos de escuta especializada e de depoimentos de crianças e adolescentes, durante as investigações de casos envolvendo violência.

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Art. 2º, parágrafo único.

Cabe ressaltar que devemos ser cautelosos na aplicação do disposto desta lei. Na visão da psicanalista Giselle Câmara Groeninga²⁹ por mais que bem intencionados sejam os profissionais e os procedimentos, estes causam secundariamente traumas, revitimizando e retraumatizando, ainda com o risco em fixar na mente infantil e adolescente memórias que houvessem sido implantadas.

Mas, se de um lado há uma dispersão vitimizadora e traumatizante, de outro lado, podem ser negativos um afunilamento e tentativa de centralização e de controle dos procedimentos, praticamente restringindo a avaliação na escuta especializada e no depoimento especial. A isto soma-se a confusão entre vulnerabilidade e a criança e o adolescente serem tomados como vítimas a priori. Espero que a aplicação da lei, com a correlata normatização dos procedimentos e integração das instituições, somados ao difícil desafio de eficácia com o controle por parte do Estado quanto à capacitação dos profissionais, possam efetivamente minimizar as injustiças e diminuir a violência. Como exposto, há o risco de que a louvável tentativa em lidar com a violência institucional possa ter como efeito colateral ainda outras violências. A experiência e o tempo o dirão.³⁰

Portanto, ainda que restem ajustes a serem feitos, vê-se que aos poucos o Judiciário vem tentando adaptar-se à crescente demanda da revisão dos protocolos judiciais acerca da oitiva de crianças, com base, principalmente, no depoimento acolhedor.

2.4 O depoimento acolhedor

Também conhecido como “depoimento especial” e “depoimento sem medo”, o depoimento acolher começou a ser implementado nos Juízos da Infância e da Juventude no Brasil em 2011.

O depoimento acolhedor consiste em retirar a criança ou adolescente da sala de audiência tradicional e a colocar em uma sala especialmente preparada para esse momento, garantindo, em caso de tratar-se de acusação penal, o exercício da ampla defesa e do contraditório. Pois, vale

²⁹ Doutora em Direito Civil pela USP, diretora da Comissão de Relações Interdisciplinares do IBDFAM, vice-presidente da Sociedade Internacional de Direito de Família, professora da Escola Paulista de Direito.

³⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Lei 13.431 tem longo caminho para ser efetiva sem causar injustiças, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-23/processo-familiar-lei-13431-longo-caminho-efetiva-causar-injusticias>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ressaltar que ainda que na fase de produção de provas, são princípios do Direito da Criança e do Adolescente, o acolhimento e a proteção integral.

Idealizado pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar e implantado como Projeto-piloto em 2003 no 2º Juizado da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, consiste em um método especial de tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas e/ou testemunhas de violência.

Os tribunais têm suas equipes interprofissionais formadas por assistentes sociais, pedagogos e psicólogos. Estas equipes são responsáveis pela prestação de serviço auxiliar, técnico-especializada e administrativa nas questões que envolvam crianças ou adolescentes, isto é, a realização de estudos de casos e a emissão de pareceres que contribuam nas decisões a serem tomadas.

Inicialmente, o projeto visava trazer uma nova concepção a fim de que se fossem investigadas as denúncias de abuso sexual contra crianças, sendo colhido apenas uma única vez o depoimento da criança, dentro de uma sala especialmente preparada.

Contudo, como será ressaltado adiante, este procedimento pode ser o grande precursor para uma nova maneira de realizar a oitiva da criança em todos os processos que dizem respeito ao seu interesse.

Em Braço do Norte, Estado de Santa Catarina, o “depoimento especial” fora implantado desde 2011, e tem trazido resultados positivos para a Comarca. Criou-se uma sala adaptada no Fórum, descaracterizando-a como ambiente hostil, e as crianças e adolescentes são ouvidas por uma psicóloga devidamente treinada na técnica pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sem a presença de magistrado, promotores, advogados, familiares ou partes.

Serão traçados breves comentários acerca de seu funcionamento e procedimento, a fim de demonstrar a consonância deste sendo um ponto de partida à implementação de procedimentos específicos na legislação brasileira, induzindo o magistrado para a melhor maneira da oitiva da criança.

2.4.1 Funcionamento

Na sala da tomada do depoimento acolhedor devem permanecer apenas a criança e um entrevistador, que normalmente é um psicólogo ou

pedagogo, contudo, nada impede que seja uma pessoa com outra formação, desde que com perfil necessário para a realização da entrevista.

A sala especial é devidamente ambientada para acolher crianças e adolescentes. A entrevista é conduzida por um profissional devidamente treinado, sendo transmitida por meio de um sistema de áudio e vídeo simultaneamente para outra sala, de audiência, onde ficam as autoridades judiciárias. A gravação vale como prova no decorrer de todo o processo e a medida permite, ainda, que a vítima dê o seu testemunho sem precisar passar pelo constrangimento de encarar o acusado.³¹

Segundo a pedagoga Rosimery Medeiros³², que atua como entrevistadora de crianças e adolescentes na Central de Depoimento Acolhedor, “é utilizada uma técnica de conversação, que não sugestiona ou manipula respostas, utilizando-se de estratégias que ampliem a quantidade e a qualidade das informações, aplicando alternativas éticas”.

Cabe ressaltar que, conforme informado pelo Conselho Regional de Psicologia de Santa Catarina, os depoimentos das crianças devem ser tomados por entidade judicial competente, uma vez que há o impedimento do psicólogo para executar função de inquirição, pois a escuta psicológica diferencia-se de uma inquirição por ser uma postura de acolhimento, diferente da postura objetiva exigida de um inquiridor.

Mesmo que através de filmagem, o magistrado, advogados e Ministério Público podem se comunicar com o responsável pela tomada do depoimento através de um ponto eletrônico.

A Central de Depoimento Especial é composta por três ambientes: uma sala para coordenação de trabalhos técnicos e administrativos, uma para entrevista e outra para a realização da audiência.

Os pais ou responsáveis ficam na sala da audiência – junto com o juiz, promotor e advogados – e seu acesso à sala da entrevista só é permitido

³¹ CHILDHOOD ONG. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/depoimento-acolhedor-salas-especiais-oferecem-investigacao-judicial-mais-digna-para-criancas-e-adolescentes-vitimas-de-violencia>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

³² Pedagoga graduada pela Faculdade de Filosofia do Recife com Especialização em Educação pela UNICAP, com atuação na Secretaria de Educação de Pernambuco como técnica em Normatização Escolar e no Tribunal de Justiça de Pernambuco, como entrevistadora de crianças e adolescentes na Central de Depoimento Acolhedor de Camaragibe, reconhecida como Formadora Nacional em Depoimento Especial, pelo CeaJud/CNJ.

em casos excepcionais, mas de qualquer forma não deve interferir no ato que está sendo realizado.

As informações obtidas durante o depoimento acolhedor são aproveitadas sempre que necessárias, seja no processo judicial ou na fase de inquérito policial, a fim de que a criança não tenha que ser novamente exposta ou apresente relatos diferentes, por ser recebida em outro ambiente. A criança, a princípio, é ouvida uma única vez.

Uma vez apresentada a importância do espaço físico não ser apenas um prolongamento da sala de audiência e sim um ambiente à parte do Fórum, apresentar-se-á o procedimento a ser adotado pelo profissional.

2.4.2 Procedimento

Do sítio eletrônico do Juizado da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul³³, extrai-se o procedimento para escuta especial por meio da metodologia do Depoimento Especial:

I - Do acolhimento inicial:

a) com a chegada da criança/adolescente ao local da entrevista, deve ser iniciado o acolhimento por parte do entrevistador, evitando-se qualquer contato, ainda que visual, da vítima/testemunha com o suposto ofensor ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento;

b) O profissional que desempenhará o papel de entrevistador deverá receber a criança/adolescente com antecedência de 30 minutos para, em companhia de seus responsáveis legais, informar-lhe de seus direitos, esclarecer quanto à natureza do ato processual que será realizado e como se procederá a colheita do depoimento, sendo vedado questionamentos sobre o fato ocorrido, bem como a leitura da denúncia ou de peças processuais que possam sugerir falsas memórias e causar o descrédito de sua fala.

II – Do depoimento:

a) inicia-se com a construção do *rapport*, que é utilizado para personalizar a entrevista, criar um ambiente mais acolhedor, abordar assuntos neutros, explicar os objetivos da entrevista e poderá ser realizada já com o acionamento do equipamento de gravação;

³³ Juizado da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/depoimento-especial>>. Acesso em 25 de junho de 2017.

b) em seguida deve ser dado início à segunda etapa da escuta especial, necessariamente com o acionamento do equipamento de gravação, realizando-se deste modo o depoimento propriamente dito, oportunizando a abordagem dos fatos contidos no processo;

b.1) O entrevistador velará pela narrativa livre da criança ou do adolescente sobre a situação de violência denunciada, evitando interrompê-la em seu relato, de forma que a elucidação dos fatos seja realizada primando pelo uso de questões abertas e não sugestionáveis;

b.2) Esgotada, neste primeiro momento, a abordagem do entrevistador com a criança\adolescente, será aberta à sala de audiências a oportunidade de realização de perguntas, devendo o magistrado avaliar a pertinência das perguntas complementares, as quais deverão ser intermediadas pelo entrevistador que as receberá pelo ponto eletrônico e as adaptará ao nível do desenvolvimento cognitivo e emocional da criança/adolescente visando garantir o grau de confiabilidade das respostas;

c) O Juiz deverá tomar todas as medidas necessárias e apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha, especialmente por ocasião das perguntas que lhe forem dirigidas por intermédio do entrevistador.

III - Do acolhimento final:

a) após a fase do depoimento, inicia-se o acolhimento final, com o equipamento de gravação já desligado. O entrevistador deverá realizar o fechamento da entrevista, verificando e intervindo conforme o estado emocional do entrevistado, bem como prestar os esclarecimentos finais, abordando tópicos neutros (retomada do “*rapport*”) e encerrando o ato;

b) recomenda-se que sejam realizados os encaminhamentos à rede de atendimento para apoio à saúde física, mental e emocional do entrevistado, sempre que verificada a necessidade.

Com essa forma de escuta, consegue-se evitar a exposição da criança e do adolescente a situações constrangedoras na sala de audiência, além de reduzir danos, respeitando a sua fase de desenvolvimento físico, emocional e cognitivo, inclusive observando seus limites, até mesmo o de não falar.

Contudo, como se destacou anteriormente, insignificante a aplicação de todo este procedimento especial no tocante a escuta da criança se não

aplicado juntamente com uma abordagem de explicação do que está em jogo de uma maneira que ela vá efetivamente compreender.

2.5 A Psicologia Forense

Catarina Ribeiro destaca que a Psicologia Forense pode ser definida como “o conjunto de circunstâncias que ligam o Sujeito e a Lei (Viaux, 2003)” e que constitui “um campo interdisciplinar, cuja especificidade é a interface entre a Psicologia e o Direito (Machado & Gonçalves, 2005, p. 19)”.³⁴

Evidente que, além de todos os requisitos e procedimentos aqui trazidos, é imprescindível um trabalho bem orientado e estruturado que deverá ser realizado pelos psicólogos durante os processos.

Provavelmente, tais concepções colaboram com a visão expressa por Barbosa et al (2003), de que é pelo crescente reconhecimento e avanço dos estudos em Psicologia que o depoimento infantil vem ganhando notoriedade no âmbito jurídico. Para os autores, a valoração da palavra da criança em circunstâncias em que se pretende investigar uma denúncia de abuso sexual, por vezes com implicações na esfera criminal, está sendo amparada pela jurisprudência, a partir do entendimento de que o abuso sexual pode não deixar evidências físicas.³⁵

Isto é, o próprio desenvolvimento e expansão da Psicologia Forense devem-se à necessidade da Psicologia dar resposta a questões extremamente complexas e delicadas suscitadas pelo sistema judicial e cuja resposta não pode ser disponibilizada apenas pelos quadros teóricos gerais da Psicologia.

Inicialmente, a psicologia forense era voltada exclusivamente para o processo penal, contudo “mais recentemente, vai surgindo a indicação para que a avaliação psicológica se estenda igualmente às vítimas e a outros grupos que se encontram, por alguma razão, numa situação particular de complexidade e vulnerabilidade”.³⁶

³⁴ RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009. p. 46.

³⁵ Ibid., p. 46.

³⁶ Ibid., p. 46-47.

Pelas questões familiares serem mais amplas e complexas, não podem limitarem-se à letra fria e objetiva da lei, que muitas vezes, não é suficiente para dirimir as questões familiares levadas ao judiciário.

A psicologia, como ciência do comportamento humano, vem, através de seu aparato, buscar compreender elementos e aspectos emocionais de cada indivíduo e da dinâmica familiar, e assim, encontrar uma saída que atenda adequadamente as necessidades daquela família, que muitas vezes passam despercebidas nos litígios judiciais.

O principal objetivo da perícia psicológica, por exemplo, consiste em auxiliar o juiz na tomada de decisão judicial, atendo-se à dinâmica familiar e à comunicação verbal e não-verbal de cada um dos indivíduos envolvidos, apoiando, assim, uma intervenção judicial mais ajustada às necessidades da criança ou adolescente e à defesa do seu bem-estar (Silva, 2003, cit in Martinho, 2011).

Além dos inúmeros benefícios na compreensão global dos casos em debate, traz uma visão mais subjetiva e não limitando-se apenas à objetividade da lei aos advogados, promotores e juízes.

2.6 A união entre o depoimento acolhedor e o direito à informação

O “caso do menino Bernardo” nos faz refletir sobre três grandes falhas da Justiça quando se trata da oitiva de crianças: a primeira, quanto ao ambiente em que a criança é “acolhida”, a segunda, o peso atribuído à voz desta e por fim, a terceira, de não esclarecer da devida maneira, o valor que tem sua opinião, do que se trata a sua oitiva, entre outras questões extremamente necessárias ao mínimo entendimento do procedimento.

Através da análise de artigos e depoimentos de pessoas que lidam com esses procedimentos, acredito que não devemos optar por um extremo ou outro, mas sim procurar um meio termo.

Evidente que a criança não pode ser ouvida em um ambiente qualquer, por isso extrair do depoimento acolhedor implementado em algumas comarcas, a lição de que é efetivamente necessário um ambiente voltado para que a criança não sinta o medo relatado na maioria dos estudos de caso, que não veja o magistrado como alguém mau que mande as pessoas para a cadeia, para isso, é necessária a urgente capacitação das pessoas que terão

este contato com ela, bem como a formação de equipes interprofissionais para atender todas as possíveis situações que possam surgir.

Primeiramente, faz-se necessária a avaliação, através de um profissional competente, da capacidade de entendimento da criança, para então poder explicar de uma forma que ela compreenda a situação em que está envolvida, bem como o que sua voz pode trazer.

E o último capítulo do presente trabalho dedica-se a ressaltar as reformas necessárias que o Poder Judiciário precisa sofrer a fim de incorporar por completo os direitos assegurados à criança no processo judicial previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança.

3. A NECESSIDADE DE REFORMA E ADOÇÃO DE PRECEITOS ESPECÍFICOS ACERCA DA OITIVA DA CRIANÇA NO PROCESSO JUDICIAL

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), já prevê, mesmo que genericamente e em um caso específico, o que pretende-se neste trabalho aplicar aos demais casos de oitiva, *in verbis*:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

A Organização das Nações Unidas (ONU) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) não medem esforços para que os Estados-Partes³⁷ da Convenção sobre os Direitos da Criança exerçam de fato as premissas lá ajustadas.

Exemplos disto são as emissões dos chamados *General Comment*, a fim de demonstrar de quais maneiras os pactuantes podem incorporar às suas legislações os artigos e disposições da Convenção, de mesmo modo que houve a elaboração do *Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice*, mais voltado à reformulação da justiça juvenil.

Contudo, no Brasil, notamos uma carência no que diz respeito à legislações que possam assegurar a criança todas as garantias dispostas na Convenção e isso tem refletido diretamente no Poder Judiciário quando é necessária a oitiva de uma criança.

Buscando suprir essa lacuna, serão trazidos os Comentários Gerais emitidos pelo Comitê dos Direitos da Criança, como guia à adaptação da legislação brasileira buscando a efetiva implementação do disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

³⁷ Em número de 193, sendo todos os membros das Nações Unidas, assim como as Ilhas Cook, Santa Sé e Niue, exceto Estados Unidos, que assinou mas não ratificou.

3.1 Comentários Gerais acerca Comitê dos Direitos da Criança

O Comitê dos Direitos da Criança³⁸ é o órgão da ONU e fora criado em virtude do artigo 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados-Partes, das disposições desta Convenção.

O CRC elabora estes comentários gerais com o objetivo de esclarecer os conteúdos normativos dos direitos específicos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança ou temas específicos de relevância para a Convenção, bem como oferecer orientações sobre medidas práticas de implementação.

A fim de fornecer interpretação e análise de artigos específicos do CRC ou lidar com questões temáticas relacionadas aos direitos da criança, os comentários gerais constituem uma interpretação autorizada quanto ao que se espera dos Estados-Partes na medida em que implementam as obrigações contidas no CRC.

Os Estados-Partes apresentam relatórios ao Comitê onde enunciam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições da Convenção. Os relatórios são analisados pelo Comitê e discutidos entre este e representantes do Estado Parte em causa, após o que o Comitê emite as suas observações finais sobre cada relatório: salientando os aspectos positivos bem como os problemas detectados, para os quais recomenda as soluções que lhe pareçam adequadas.

Conforme bem destaca Wanda Helena Mendes Muniz Falcão, em sua Dissertação:

Depreende-se que estas “observações finais” não têm o fim de sancionar, pois, o mecanismo não tem caráter contencioso; não se pode confundir a natureza do comitê com a dos Tribunais Internacionais. As Cortes são resultado do processo de multiplicidade da jurisdição internacional, sendo um movimento que trouxe ganhos para o indivíduo enquanto sujeito demandante (polo ativo) e demandado (polo passivo; em tribunais penais internacionais permanentes ou Ad Hoc). Em 1945, na Carta das Nações Unidas já apontava a possibilidade de criação de tribunais para além da Corte Internacional de Justiça fazendo com que o Direito

³⁸ Committee on the Rights of the Child – CRC.

Internacional seja evocado com maior frequência para solução de controvérsias. Sendo ainda uma sofisticação da responsabilização dos Estados e melhor assimilação da necessidade de observância às normas internacionais e a consciência da necessidade de desenvolvimento de um ethos da comunidade internacional fundado nos direitos humanos.³⁹

Cabe ressaltar duas principais críticas feitas ao Comitê: a primeira, já corrigida, era quanto a sua posição distante da realidade dos países, por mais que tenha muito conhecimento acerca do assunto, não conseguia fazer-se aplicar aos fatos concretos dos Estados-Partes, assim, iniciou-se a realização de visitas aos locais apontados nos relatórios a fim de verificar a real situação em discussão.

Já a segunda, é que não há uniformização das recomendações entre os Comitês. Wanda sugere: “Um modo de tentar dirimir tais problemas é por meio de reuniões regulares para internamente realizar diálogos e conexões de entendimentos entre os membros do órgão.”⁴⁰

Por fim, este Comitê dispõe também de competência para formular comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições da Convenção, organizar debates temáticos sobre matérias cobertas pela mesma, solicitar a realização de estudos sobre questões relativas aos direitos da criança e elaborar recomendações de ordem geral com base na informação recolhida a partir dos relatórios estaduais ou de outras fontes.

3.1.1 A criança como sujeito de Direito Internacional

Como já ressaltado no 1º Capítulo deste trabalho, a criança deve ser vista como protagonista de suas próprias vontades, como um sujeito participante ativo da sociedade e também como construtora de estruturas sociais.

O processo de pluralização de direitos no mosaico do sistema de proteção dos direitos humanos trouxe a necessidade de reconhecimento de outras categorias que não a estatal como

³⁹ MUNIZ FALCÃO, Wanda Helena Mendes. **Voz e Participação da Criança-Soldado Sulsudanesa no Comitê dos Direitos da Criança da ONU a partir da Teoria da Reprodução Interpretativa da Criança**. 2017. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Cap. 3. p. 139.

⁴⁰ Ibid., p. 139.

para sejam também sujeitos. Neste caminho de alocação do indivíduo como sujeito de direito, tem-se simultaneamente a tônica de abraçar as peculiaridades e especificações de determinados grupos, visto que estes que têm particulares direitos e são vitimados de determinadas violências.

Visa-se atribuir a estas pessoas a inserção no sistema internacional de proteção de forma que seus direitos tenham especial contorno em face das condições de vulnerabilidade e de necessidade de tratamento especializado nos textos normativos, na jurisprudência internacional, por instituições não governamentais e estatais. Tal modo não se apresenta como discriminatório, ao contrário, vislumbra-se equalizar as posições de desvantagens em detrimento daquelas que são de privilégio.⁴¹

Com a Convenção sobre os Direitos da Criança, as crianças não devem mais ser vistas como todas pertencentes à uma categoria chamada “criança”, sendo todas iguais, é preciso considerá-las como sujeitos, com vontades, direitos e deveres, sendo cada criança uma sujeito diferente, com suas peculiaridades.

Devem, assim, integrar o rol de novos atores na ordem internacional e isto cristaliza a possibilidade do indivíduo como demandante nos órgãos internacionais de mecanismos de monitoramento. Entretanto, algumas Convenções não reconhecem a capacidade do ser humano de participar ativamente como demandante.

Em 2014 fora assinado o Protocolo que dispõe sobre os procedimentos para acesso dos interessados e o *modus operandi* dos seus membros.

Os indivíduos, logo abrange-se também as crianças, podem figurar no polo ativo da relação de comunicação com o Comitê, desde que seus Estados estejam vinculados ao Protocolo de 2014.

A criança pode fazer sozinha a comunicação ou por meio de um terceiro, caso haja algum impedimento de acordo com sua maturidade e/ou com seu discernimento. Importante ressaltar que é vedada toda prática de

⁴¹ MUNIZ FALCAO, Wanda Helena Mendes; VERONESE, Josiane Rose Petry. A Criança como Demandante no Comitê dos Direitos da Criança da ONU. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente: Novo curso** – Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 51-52.

manipulação ou de persuasão do interessado para agir, devendo haver a livre vontade.

Os métodos de participação das crianças são diversos, seja por meio de ONGs, por apresentação durante reuniões dos grupos de trabalho, reuniões privadas com membros especialistas do Comitê, participação por videoconferências, entre outras.

Durante as reuniões são as próprias crianças que explanam e interpretam, sob a sua ótica, os fatos ocorridos; indubitavelmente, isto simboliza um avanço com relação à única estrutura de comunicação permitida (por meio dos relatórios dos Estados) até então, contudo, no modelo atual, não apenas há dinâmica da criança nisto: os profissionais colaboradores (psicólogos, assistentes sociais, dentre outros) do próprio órgão e representantes de instituições como as ONGs e o UNICEF, além dos especialistas do Comitê dos Direitos da Criança, também estão dividir espaço e conversar com estes meninos e meninas. Logo, há uma influência do diálogo entre os mundos da adultez e o infantil.⁴²

Nesta senda, após analisar as medidas trazidas pelo Protocolo de 2014 à oitiva da criança e sua caracterização como sujeito perante a ONU, passamos a analisar os Comentários Gerais emitidos pelo Comitê.

3.1.2 Comentário Geral nº 5 – Medidas Gerais de Implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança

O Comitê dos Direitos da Criança redigiu este comentário geral para delinear obrigações dos Estados-Partes em desenvolver o que denominou "medidas gerais de implementação".

O artigo 4º da Convenção dos Direitos da Criança prevê:

Os Estados-Partes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela presente Convenção. No caso de direitos econômicos, sociais e culturais, tomam essas

⁴² MUNIZ FALCÃO, Wanda Helena Mendes. **Voz e Participação da Criança-Soldado Sulsudanesa no Comitê dos Direitos da Criança da ONU a partir da Teoria da Reprodução Interpretativa da Criança**. 2017. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Cap. 3. p. 159.

medidas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional.⁴³

Quando um Estado ratifica a Convenção sobre os Direitos da Criança, como é o caso do Brasil, assume obrigações de acordo com o direito internacional para implementá-lo, dentre elas a acima citada.

O Comitê dos Direitos da Criança identificou um ampla gama de medidas que são necessárias para uma implementação efetiva, incluindo o desenvolvimento de estruturas especiais e acompanhamento, treinamento e outras atividades no governo, no parlamento e no judiciário em todos os níveis.

Quando Estados ratificam a Convenção, levam sobre si mesmos obrigações não só para implementá-lo sob a sua jurisdição, mas também para contribuir, através da cooperação internacional, a implementação global .

Os Estados-Partes prometeram “desenvolver e implementar programas para promover a participação significativa das crianças, incluindo os adolescentes, nos processos de tomada de decisão, inclusive nas famílias e nas escolas e nos níveis local e nacional” (parágrafo 32, parágrafo 1).

O Comitê declarou que “é importante que os governos desenvolvam uma relação direta com crianças, não simplesmente mediadas por organizações não governamentais (ONGs) ou instituições de direitos humanos”.⁴⁴

O direito da criança a ser ouvida deve ser implementado nas diversas configurações e situações em que as crianças crescem, desenvolvem e aprendem.

Os Estados-Partes devem coibir ações e procedimentos em que há a colocação da criança no mesmo patamar de um adulto, informando-as o que podem dizer ou as expondo do risco de danos por meio da participação.

De acordo com o artigo, todos os processos em que uma criança é ouvida ou participa devem ser:

⁴³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n°. 5, 2003. “States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international cooperation.” Tradução livre.

⁴⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n°. 5, 2003, p. 5.

1) Transparente e informativo: as informações, principalmente sobre o direito de expressar seus pontos de vista livremente, devem ser repassadas às crianças de forma clara, acessível, sensível e adequada à idade;

2) Voluntário: as crianças nunca devem ser coagidas para expressar opiniões contra seus desejos;

3) Respeitável: as opiniões das crianças devem ser tratadas com respeito, sempre observando o contexto socioeconômico, ambiental e cultural à que a criança está inserida;

4) Relevante: as questões sobre as quais as crianças têm o direito de expressar seus pontos de vista devem ser de relevância real para suas vidas;

5) Confortável: os ambientes e métodos de trabalho devem ser adaptados às capacidades das crianças. Deverá ser assegurado que as crianças estejam adequadamente preparadas e tenham a confiança e a oportunidade de contribuir com os seus pontos de vista. Deve ser considerado o fato de que precisam de diferentes níveis de apoio e formas de envolvimento de acordo com a sua idade e a evolução das capacidades;

6) Inclusiva: a participação deve ser inclusiva, evitando padrões de discriminação existentes e incentivando a participação de crianças marginalizadas;

7) Preparação dos profissionais: os adultos precisam de preparação, suporte e treinamento para ouvir, trabalhar em conjunto com crianças e envolver as crianças efetivamente de acordo com suas capacidades em evolução;

8) Seguro e sensível ao risco: os profissionais devem tomar todas as precauções para minimizar o risco de violência, exploração ou qualquer outra consequência negativa para a participação da criança. As ações necessárias para fornecer uma proteção adequada incluirão o desenvolvimento de uma estratégia clara de proteção à criança que reconheça os riscos específicos enfrentados por alguns grupos de crianças.

9) Responsável: um compromisso de acompanhamento e avaliação é essencial. Por exemplo, em qualquer processo de pesquisa ou consulta, as crianças devem ser informadas sobre a forma como seus pontos de vista foram interpretados e utilizados e, quando necessário, têm a oportunidade de desafiar

e influenciar a análise das descobertas. As crianças também têm o direito de receber um *feedback* claro sobre como sua participação influenciou quaisquer resultados. Sempre que apropriado, as crianças devem ter a oportunidade de participar de processos ou atividades de acompanhamento. O acompanhamento e a avaliação da participação das crianças devem ser realizados, sempre que possível, com as próprias crianças.

Desta maneira, como já traçados os preceitos gerais que devem ser observados durante o procedimento da oitiva das crianças, passemos ao estudo dos procedimentos mais específicos e tangíveis.

3.1.3 Comentário Geral nº 12 – O direito da criança a ser ouvida

Inicialmente, imprescindível a transcrição do artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança:

1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

O direito de que todas as crianças sejam ouvidas e sua opinião levada em consideração, constituem valores fundamentais da Convenção. O Comitê Dos Direitos da Criança reputa o artigo 12 como um dos quatro princípios gerais da Convenção, sendo o direito de não-discriminação, o direito à vida e desenvolvimento, o direito à opinião e o princípio do melhor interesse da criança.

Neste viés, os principais objetivos trazidos por este artigo foram: 1) fortalecer a compreensão do artigo 12 da Convenção e suas implicações para os governos, para as partes interessadas, para as ONGs e sociedade no geral; 2) elaborar um escopo de legislação, política de e prática necessário para alcançar plena implementação de artigo 12 em cada Estado-Parte; 3) propor requisitos básicos para formas apropriadas de garantir o peso da voz da criança nas decisões que lhes afetam.

A criança tem o direito de não exercer o direito de falar, assim, se expressar é uma escolha da criança, não uma obrigação. Os Estados-Partes devem garantir que a criança receba toda informação necessária e decidir em favor do seu melhor interesse. Além disso, ela deve ser ouvida em todas as situações que lhes dizem a respeito.

Da análise sintática da redação do artigo 12, a expressão “garantem” não deixa margem à discricionariedade dos Estados-Partes, sendo estes estritamente obrigados a comprometerem-se com as medidas necessárias à garantia dos direitos da criança. Já a expressão “com capacidade de discernimento” não deve ser vista como uma limitação, mas sim como uma obrigação para os Estados-Partes em avaliar a capacidade da criança para formar uma opinião autônoma e, dessa maneira, garantir a sua escuta da melhor forma. Não podendo ser alegada à diminuição ou restrição de algum direito.

Ao contrário do que muitos interpretam, deve-se presumir que a criança tem a capacidade de formar sua própria opinião e reconhecer que ela tem o direito de expressá-la, não devendo a expressão ser interpretada no sentido de que a criança precisa provar a sua capacidade partir da concepção de que a criança é incapaz de manifestar seus próprios desejos.

Assim, para que haja a implementação completa do artigo 12, requer reconhecimento e respeito das formas não verbais de comunicação incluindo jogos, linguagem corporal, expressões faciais, desenho e pintura, meios estes, que muitas crianças demonstram sua compreensão, escolhas e preferências.

Quanto a informação acerca dos fatos, o artigo prevê que:

Também não é necessário que a criança tenha completo conhecimento de todos os aspectos que podem ou estão a afetando, basta que ela tenha compreensão suficiente à formação de sua opinião.⁴⁵

Impende ressaltar, outrossim, que, quando capaz de formar sua própria opinião, a voz da criança tem que ser efetivamente escutada, sendo

⁴⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n.º. 12, 2009, p. 07. “Second, it is not necessary that the child has comprehensive knowledge of all aspects of the matter affecting her or him, but that she or he has sufficient understanding to be capable of appropriately forming her or his own views on the matter”. Tradução livre.

dado o devido peso em razão da sua capacidade, que não tem a ver somente com a sua faixa etária, e sim com maturidade.

Maturidade esta que encontra-se intimamente relacionada à capacidade de compreender e avaliar as implicações de uma questão específica, podendo expressar seu ponto de vista em questão de uma maneira razoável e independente.

A incorporação deste dispositivo às legislações nacionais exige cinco etapas a serem obedecidas à garantia do direito da criança a ser ouvida, seja em uma questão que diz respeito à si ou quando é convidada a dar suas opiniões de maneira formal.

Essas etapas são: (a) a preparação, (b) a audiência, (c) a avaliação da capacidade da criança, (d) as informações sobre o peso dado às visões da criança, e, por fim, (e) reclamações, remédios e reparações.

(a) Preparação

41. Os responsáveis pela audição da criança devem garantir que a criança seja informada sobre o direito de expressar sua opinião em todos os assuntos que a afetem, em particular, em qualquer processo de tomada de decisão judicial e administrativa e sobre o impacto que suas opiniões expressas terão sobre o resultado. A criança deve, além disso, receber informações sobre a opção de se comunicar diretamente ou através de um representante. Ela deve estar ciente das possíveis consequências desta escolha. O tomador de decisão deve preparar adequadamente a criança antes da audiência, fornecendo explicações sobre como, quando e onde a audiência terá lugar e quem serão os participantes e terá que ter em conta as opiniões da criança nesse sentido.⁴⁶

A preparação equivale-se ao direito de informação defendido no presente trabalho, informando a criança sobre o seu direito de opinar em todos os assuntos que lhe diz respeito. Primeiramente deve-se fazer uma breve

⁴⁶ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment nº. 12, 2009, p. 10-11. "(a) Preparation. 41. Those responsible for hearing the child have to ensure that the child is informed about her or his right to express her or his opinion in all matters affecting the child and, in particular, in any judicial and administrative decision-making processes, and about the impact that his or her expressed views will have on the outcome. The child must, furthermore, receive information about the option of either communicating directly or through a representative. She or he must be aware of the possible consequences of this choice. The decision maker must adequately prepare the child before the hearing, providing explanations as to how, when and where the hearing will take place and who the participants will be, and has to take account of the views of the child in this regard." Tradução livre.

pesquisa acerca do seu nível de maturidade e compreensão, para então explicar de maneira que ela vá compreender o impacto que sua opinião pode gerar e sobre qual resultado recairá.

(b) A Audiência

42. O contexto em que uma criança exerce seu direito de ser ouvida deve ser habilitante e encorajador, para que a criança possa ter certeza de que o adulto responsável pela audiência está disposto a ouvir e considerar seriamente o que a criança decidiu comunicar. A pessoa que ouve as opiniões da criança pode ser um adulto envolvido nos assuntos que afetam a criança (por exemplo, um professor, assistente social ou cuidador), um tomador de decisão em uma instituição (por exemplo, um diretor, administrador ou juiz) ou um Especialista (por exemplo, um psicólogo ou médico).

43. A experiência indica que a situação deve ter o formato de uma conversa em vez de um exame unilateral. De preferência, uma criança não deve ser ouvida em tribunal aberto, mas em condições de confidencialidade⁴⁷

Assemelha-se aos princípios do depoimento acolhedor, onde o ambiente em que realizar-se-á a oitiva deve ser apropriado. O profissional que conduzirá a oitiva tem que ser bem instruído e qualificado, e, acima de tudo, este deve estar disposto (e mostrar-se assim) a ouvir o que a criança, por ventura, quiser comunicar.

(c) Avaliação da capacidade da criança

44. A opinião da criança deve ser dada o devido peso, quando uma análise caso a caso indica que a criança é capaz de formar seus próprios pontos de vista. Se a criança é capaz de formar seus próprios pontos de vista de forma razoável e independente, o tomador de decisão deve considerar as opiniões da criança como um fator significativo na solução da

⁴⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment nº. 12, 2009, p. 10-11. "(b) The hearing. 42. The context in which a child exercises her or his right to be heard has to be enabling and encouraging, so that the child can be sure that the adult who is responsible for the hearing is willing to listen and seriously consider what the child has decided to communicate. The person who will hear the views of the child can be an adult involved in the matters affecting the child (e.g. a teacher, social worker or caregiver), a decision maker in an institution (e.g. a director, administrator or judge), or a specialist (e.g. a psychologist or physician). 43. Experience indicates that the situation should have the format of a talk rather than a one-sided examination. Preferably, a child should not be heard in open court, but under conditions of confidentiality." Tradução livre.

questão. É necessário desenvolver boas práticas para avaliar a capacidade da criança.⁴⁸

Como ressaltado no primeiro capítulo do presente trabalho, deve-se fazer uma avaliação da capacidade da criança a fim de que seja dado o respectivo peso à sua voz. Quando se notar que a criança é capaz de formar, de forma razoável, sua própria opinião e seu ponto de vista, o Juiz deve levar o peso da oitiva na sua decisão.

(d) Informações sobre o peso atribuído às visões da criança (o *feedback*)

45. Uma vez que a criança goza do direito de que seus pareceres sejam devidos, o tomador de decisão deve informar a criança sobre o resultado do processo e explicar como seus pontos de vista foram considerados. O *feedback* é uma garantia de que as opiniões da criança não são apenas ouvidas como uma formalidade, mas são levadas a sério. A informação pode induzir a criança a insistir, concordar ou fazer outra proposta ou, no caso de um procedimento judicial ou administrativo, apresentar um recurso ou reclamação.⁴⁹

Uma fase muito importante e ainda não praticada em nosso país é o *feedback*. Após a oitiva da criança, o resultado do processo deve ser informado a ela; isso garantirá que ela consiga entender, no mínimo, o que acontecia antes, quando fora chamada ao Tribunal, os desdobramentos da sua escuta e para onde seguirá o processo a partir de então.

(e) Reclamações, remédios e reparações.

46. É necessária legislação para fornecer às crianças procedimentos e remédios de queixa quando o direito de serem

⁴⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n.º. 12, 2009, p. 10-11 “(c) Assessment of the capacity of the child. 44. The child’s views must be given due weight, when a case-by-case analysis indicates that the child is capable of forming her or his own views. If the child is capable of forming her or his own views in a reasonable and independent manner, the decision maker must consider the views of the child as a significant factor in the settlement of the issue. Good practice for assessing the capacity of the child has to be developed.” Tradução livre.

⁴⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n.º. 12, 2009, p. 10-11 “(d) Information about the weight given to the views of the child (the *feedback*). 45. Since the child enjoys the right that her or his views are given due weight, the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered. The *feedback* is a guarantee that the views of the child are not only heard as a formality, but are taken seriously. The information may prompt the child to insist, agree or make another proposal or, in the case of a judicial or administrative procedure, file an appeal or a complaint.”. Tradução livre.

ouvidos e que os seus pontos de vista sejam dados o devido peso são desconsiderados e violados. As crianças devem ter a possibilidade de dirigir-se a uma pessoa responsável por ouvir suas opiniões, em todas as instituições infantis, nas escolas e nas creches, a fim de expressar suas queixas. As crianças devem saber quem são essas pessoas e como acessá-las. No caso de conflitos familiares sobre a consideração dos pontos de vista das crianças, uma criança deve poder recorrer a uma pessoa nos serviços para jovens da comunidade.

47. Se o direito da criança a ser ouvida for violado no que se refere aos procedimentos judiciais e administrativos (artigo 12, parágrafo 2), a criança deve ter acesso a processos de recurso e reclamação que preveem remédios para violações de direitos. Procedimentos de queixa devem fornecer mecanismos confiáveis para garantir que as crianças estejam confiantes de que o uso delas não as expõe ao risco de violência ou punição.⁵⁰

Por fim, ressalta-se a importância de uma legislação específica para garantir às crianças que todos os seus direitos e que estes procedimentos sejam respeitados. A criança deve ter acesso a todas as garantias previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança, sem exceção.

Assim, os Estados-Partes devem instruir todos os profissionais que trabalham com e para crianças, incluindo advogados, juizes, policiais, psicólogos, entre outros profissionais acerca do procedimento a fim de que ele seja respeitado.

O artigo prevê, ainda, algumas obrigações específicas em matéria de procedimentos judiciais.

Na esfera cível, como por exemplo, na separação e divórcio dos pais deve-se incluir o direito da criança a ser ouvida. Por mais que algumas legislações prefiram indicar uma idade específica para que a criança seja considerada capaz de expressar seus próprios pontos de vista, a Convenção

⁵⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment n.º. 12, 2009, p. 10-11 “(e) Complaints, remedies and redress. 46. Legislation is needed to provide children with complaint procedures and remedies when their right to be heard and for their views to be given due weight is disregarded and violated. Children should have the possibility of addressing an ombudsman or a person of a comparable role in all children’s institutions, inter alia, in schools and day-care centres, in order to voice their complaints. Children should know who these persons are and how to access them. In the case of family conflicts about consideration of children’s views, a child should be able to turn to a person in the youth services of the community. 47. If the right of the child to be heard is breached with regard to judicial and administrative proceedings (art. 12, para. 2), the child must have access to appeals and complaints procedures which provide remedies for rights violations. Complaints procedures must provide reliable mechanisms to ensure that children are confident that using them will not expose them to risk of violence or punishment”. Tradução livre.

prevê que esta questão seja determinada caso a caso, uma vez que se refere à idade e à maturidade e, por esse motivo, exige uma avaliação individual da capacidade da criança.

Na separação de pais e cuidados alternativos, o Comitê recomenda que sejam assegurados, por meio de legislação, regulamentação e diretrizes políticas, que os pontos de vista da criança sejam solicitados e considerados, incluindo decisões relativas à colocação em acolhimento ou nas residências, desenvolvimento de planos de atendimento e sua revisão e visitas com pais e familiares.

No tocante à criança vítima ou testemunha de um crime, deve-se garantir que seja consultada sobre os assuntos relevantes no que diz respeito ao envolvimento no caso, e permitir expressar livremente opiniões e preocupações em relação ao seu envolvimento no processo judicial.

Ao final, o Comentário Geral ressalta que é obrigação legal explícita e urgente o investimento na garantia do direito da criança em ser ouvida em todas as questões que lhe dizem respeito e que sua voz seja levada em efetiva consideração.

A efetiva implementação do artigo 12 da Convenção só será concluída quando observarmos a preparação das pessoas que terão contato com as crianças nos processos, bem como o estudo da capacidade/maturidade de cada criança em questão e o desenvolvimento de ambientes nos quais as crianças possam construir e demonstrar capacidades.

Por mais que o cumprimento dessas obrigações, hoje, pareçam um grande desafio para os Estados-Partes, se as estratégias aqui apontadas, forem implementadas sistematicamente e uma cultura de respeito pelas crianças e seus pontos de vista for construída, finalmente poderemos desfrutar de um sistema que garanta à criança o apoio necessário, bem como a efetiva escuta da sua voz nas questões que lhes dizem respeito.

3.2 Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice

Elaborado por do Carolyn Hamilton, membro da *Coram Children's Legal Centre* (CCLC), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), em 2011, este documento destina-se a ser um guia para parlamentares e autoridades governamentais envolvidas na elaboração ou revisão de leis de

justiça infanto-juvenil, bem como para organizações não governamentais (ONGs), entidades da ONU e outros parceiros nacionais e internacionais fornecendo assistência no processo.

O CCLC realiza pesquisas e análises de sistemas, legislação, políticas e práticas e implementa programas de reforma, realiza consultoria e oferece treinamento em direitos da criança para uma série de países e outros organismos internacionais.

O *Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice* estabelece princípios, padrões e normas que os Estados precisam considerar ao alterar ou elaborar legislação e ilustra essas questões com alguns exemplos de boas práticas e pesquisas.

Os exemplos lá apresentados destinam-se a dar ao leitor ideias para possíveis mudanças legislativas, em vez de serem disposições que podem ser simplesmente adotadas para uma nova legislação em outros Estados.

Dos principais pontos lá levantados, destacam-se: (i) compreender o idioma; (ii) compreender o procedimento; (iii) a criação de ambientes sensíveis à criança; (iv) não ser obrigado a prestar testemunho ou confessar a culpa; e (v) acerca da necessidade da sua presença no tribunal.

Para poder participar do julgamento, a criança deve poder entender o que está ocorrendo. A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece uma obrigação clara para os Estados-Partes assegurarem que isso aconteça, contudo, uma barreira evidente para a compreensão dos procedimentos é a incapacidade de falar a língua que está sendo usada no tribunal.

Dessa maneira, o CCLC obriga os Estados a prestarem a assistência gratuita de um intérprete se a criança não entender ou falar a língua usada. Sendo que a falha na prestação de um intérprete profissionalmente qualificado pode constituir uma violação do direito a um julgamento justo.

A legislação deve deixar claro que o direito de ter as acusações explicadas em um idioma que a criança entenda e o direito a um intérprete se aplica a todas as crianças, incluindo crianças surdas ou com deficiência auditiva e visual.

Para garantir o acesso efetivo às crianças com outras deficiências, os Estados também devem estabelecer padrões mínimos de treinamento para aqueles que trabalham no campo da justiça juvenil.

O requisito de que as crianças compreendam o idioma do tribunal também significa que os promotores, advogados de defesa e juízes precisam considerar como evitar linguagem legal excessivamente complicados.

A linguagem nos tribunais pode ser intimidante e confusa para crianças acusadas e testemunhas. Seu uso inapropriado pode limitar a capacidade de resposta da criança. Nesta senda, criança deve poder entender o procedimento do julgamento para participar ativamente da defesa dele.

Dessa maneira, a construção de uma sala de audiência, sem a característica de ser um ambiente próprio do Tribunal, sensível às crianças pode permitir que uma criança participe, reduzindo sua angústia e nível de intimidação, como acontece no depoimento acolhedor.

Para que haja um julgamento justo, deve haver um equilíbrio entre incentivar uma criança a participar e não obrigar a criança a testemunhar ou a ter voz no processo.

Logo, a legislação deve prever que o Tribunal, ao proferir uma decisão, deve ter levado em conta a idade da criança, o seu desenvolvimento, a duração da sua oitiva, a falta de compreensão da criança e o medo de consequências desconhecidas, que podem levar a criança a fazer uma declaração que não é verdade.

E, por fim, cabe ressaltar que o artigo 14, nº 3, alínea “d”, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, exige que a criança deva estar presente no tribunal no julgamento, sendo que, é entendimento de alguns Estados que a criança pode ser convidada a deixar o tribunal ou dispensar-se de comparecer ao tribunal quando este é o melhor interesse da criança. Todavia, deve ser resguardado o seu direito de permanecer no tribunal durante seu julgamento.

3.3 A incorporação à legislação brasileira dos procedimentos alinhados pelo Comitê dos Direitos da Criança aliada ao avanço da psicologia forense

Analisando a legislação brasileira atual, nota-se a ausência de previsão de procedimentos específicos que devem ser seguidos à oitiva da criança no processo judicial.

Por consequência da não uniformização dos juízos ao longo do território brasileiro, faz com que, dentro da Lei, que é vaga em alguns casos e omissa em outros, cada magistrado tenha discricionariedade de fazê-la de maneira diferente, seja da maneira em que a criança é escutada, seja no peso atribuído à sua declaração.

Os malefícios destas situações são graves, como refletiu no “caso do menino Bernardo”, que houve repercussão na mídia nacional, mas que no dia-dia do Judiciário temos diversos outros “meninos Bernardos” que passam longe do conhecimento da população brasileira.

O depoimento de testemunhas e vítimas infantis é marcado por particularidades. Devido ao fato de crianças e adolescentes encontrarem-se em processo de desenvolvimento cognitivo e psicológico, os procedimentos de ouvida a serem utilizadas com este público devem ser adequados ao estágio de desenvolvimento em que se encontram.

Deste modo, a psicologia forense, área do conhecimento que estuda os processos envolvidos nos depoimentos, se firma como uma importante aliada no sentido de fornecer as técnicas apropriadas para que os profissionais de saúde mental, juntamente com os operadores da lei possam obter informações mais consistentes e fidedignas nas oitivas.

A despeito do estreitamento cada vez maior das relações entre o sistema legal e a psicologia, ainda resta muito a ser feito. Na medida em que, por um lado, os operadores da lei reconhecerem os subsídios que a psicologia tem a oferecer e, por outro lado, os psicólogos forem capazes de responder, com fundamentação, as perguntas legítimas que lhe forem formuladas, maiores serão as chances de uma contribuição efetiva para que a justiça seja feita.

Considera-se que é somente através do caminho do diálogo, tendo por base o conhecimento construído em sólidas bases científicas, que se poderá impulsionar, a exemplo do que ocorreu em outros países, algumas mudanças na realidade do sistema judicial brasileiro, especialmente quando se pretende receber crianças em nossos tribunais, buscando-se a proteção ampla e efetiva destas pequenas vítimas e testemunhas.

O Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança, assim, não há motivos para postergar um estudo mais efetivo e tangível acerca de como podemos incorporar definitivamente à nossa Legislação os

procedimentos trazidos pela ONU, quais sejam: (i) a preparação; (ii) a audiência; (iii) a avaliação da capacidade da criança; (iv) informações sobre o peso atribuído às visões da criança (*feedback*); e (v) reclamações, remédios e reparações.

Este estudo deve-se partir das premissas aqui trazidas, alinhado com as dificuldades que o Judiciário enfrenta em cada Vara que tenha que realizar o procedimento de oitiva, para trazer parâmetros mais realistas possíveis com o intuito de que as normas futuramente explícitas possam ser cumpridas, não apenas expostas e sem efetiva aplicação.

Além disso, deve-se ser feita a capacitação de todos os profissionais que tem contato com a criança no processo judicial em consonância com o avanço da psicologia forense.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a segunda metade do século XX, é indiscutível a crescente valorização – com as devidas ressalvas, principalmente quanto ao período da II Guerra Mundial – da infância e do seu reconhecimento como sujeito de direito.

Um dos principais objetivos da Convenção sobre os Direitos da Criança, que veio a ser ratificada e incorporada a legislação brasileira, foi colocar em destaque a necessidade de a criança estar efetivamente envolvida nas decisões que forem tomadas a seu respeito, sendo imprescindível que sua voz seja ouvida.

A presunção da capacidade da criança de formar sua própria opinião, como sujeito de direito, é a medida que se impõe.

O direito de que todas as crianças sejam ouvidas e levadas a sério constitui um dos valores fundamentais da Convenção. O Comitê Dos Direitos da Criança reputa o artigo 12 como um dos quatro princípios gerais da Convenção, sendo o direito de não-discriminação, o direito à vida e desenvolvimento, o direito à opinião e o princípio do melhor interesse da criança.

Vale ressaltar, que a criança tem o direito de não exercer o direito de falar, e que os Estados-Partes devem garantir que a criança receba toda informação necessária e decidir em favor do seu melhor interesse.

Isso apenas reforça que o envolvimento da criança no processo judicial é uma tarefa extremamente complexa, contudo, não se pode mais protelar a adequação do sistema legal para lidar com as particularidades da oitiva destes sujeitos em desenvolvimento, bem como a instrução das crianças acerca do processo que lhes dizem respeito.

A recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 33/2010, a resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA nº 169 e a Lei n. 13.431/2017 são provas de que a Justiça brasileira vem tentando, mesmo que ainda sem grandes avanços, demonstrar a sua preocupação quanto a garantir às crianças a Doutrina da Proteção Integral.

Através da implementação do depoimento acolhedor em algumas Comarcas, pode-se notar que é efetivamente necessário um ambiente voltado

para que a criança não sinta o medo relatado na maioria dos estudos de caso, que não veja o magistrado como alguém mau que mande as pessoas para a cadeia, para isso, é necessária a urgente capacitação das pessoas que terão este contato com ela, bem como a formação de equipes interprofissionais para atender todas as possíveis situações que possam surgir.

Analisando a legislação brasileira atual, afigura-se a ausência de previsão de procedimentos específicos que devem ser seguidos à oitiva da criança no processo judicial.

O efetivo respeito e consonância do nosso ordenamento ao artigo 12 da Convenção só será concluído quando observarmos a preparação das pessoas que terão contato com as crianças nos processos, bem como o estudo da capacidade/maturidade de cada criança em questão e o desenvolvimento de ambientes nos quais as crianças possam construir e demonstrar capacidades.

Deve-se respeitar cada detalhe, mínimo que possa parecer, do procedimento para a oitiva da criança, a fim de garantir que nenhum direito dela será violado. Principalmente, por meio da adaptação do ambiente em que seja realizada a escuta, a fim de que seja acolhedor e da capacitação de todos profissionais que tem contato com estes processos, visando um olhar mais subjetivo, não somente a aparência fria da lei em si.

Ademais, desde a preparação, informando a criança sobre o seu direito de opinar em todos os assuntos que lhe diz respeito, de maneira que ela compreenda, fazendo avaliação da capacidade da criança a fim de que seja dado o respectivo peso à sua voz, até a realização do *feedback*, isto é, os desdobramentos da sua escuta e para onde seguirá o processo a partir de então, são fases de extrema importância para não só uma oitiva de valor, mas sim para um processo em si mais humanizado.

Portanto, deve-se elaborar um estudo aprofundado nos Juízos em que as crianças são ouvidas, levando como base estes procedimentos já traçados pela ONU, com intuito de constatar possíveis mudanças e adaptações à realidade brasileira, para a elaboração de uma legislação específica a ser seguida.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

_____. Lei nº 8.906, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CHILDHOOD ONG. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/depoimento-acolhedor-salas-especiais-oferecem-investigacao-judicial-mais-digna-para-criancas-e-adolescentes-vitimas-de-violencia>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General Comment nº. 12, 2009. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. General Comment nº. 05, 2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>> Acesso em: 25 jun. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Conselho Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual**, 2015. Disponível em: <<http://www.portal.crppr.org.br/uploads/ckfinder/files/Parecer%20CFP%20Escuta%20Especial%20de%20Crian%C3%A7as%20e%20Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

DOBKE, Veleda. **Abuso Sexual**: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. **A participação da criança e do adolescente no processo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, 1995.

FREITAS, Débora. **O pedido que não foi ouvido (Caso Bernardo)** - Psicóloga Débora Saldanha de Freitas, 2014. Disponível em: <<http://www.farrapo.com.br/noticia/2/6914/O-pedido-que-nao-foi-ouvido-Caso-Bernardo---Psicologa-Debora-Saldanha-de-Freitas?i=12>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FURNISS, Tilman. **Abuso Sexual da Criança**: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados. Traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Lei 13.431 tem longo caminho para ser efetiva sem causar injustiças**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-23/processo-familiar-lei-13431-longo-caminho-efetiva-causar-injusticas>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

HAMILTON, Carolyn. **Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice**. New York, 2011. Disponível em: <https://www.unicef.org/policyanalysis/files/Juvenile_justice_16052011_final.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

IRION, Adriana. **As falhas na rede de proteção que não salvou Bernardo Boldrini**, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/09/as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-bernardo-boldrini-4608042.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Juizado da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/depoimento-especial>>. Acesso em 25 de junho de 2017.

LEITE, Eduardo Oliveira. **A oitiva de crianças nos processos de família**. Revista Jurídica, Porto Alegre, a 48, n. 278, p. 22-38, 2000.

MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e adolescentes em situação de rua**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do Poder Familiar**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

MUNIZ FALCAO, Wanda Helena Mendes; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A Criança como Demandante no Comitê dos Direitos da Criança da ONU**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente: Novo curso – Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MUNIZ FALCÃO, Wanda Helena Mendes. **Voz e Participação da Criança-Soldado Sulsudanesa no Comitê dos Direitos da Criança da ONU a partir da Teoria da Reprodução Interpretativa da Criança**. 2017. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Cap. 3.

PELISOLI, Cátula. **Depoimento especial**: para além do embate pela proteção das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000100003>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIRES, Estêvão. 'Me senti enganado', diz juiz que manteve menino com o pai no RS, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/me-senti-enganado-diz-juiz-que-manteve-menino-com-o-pai-no-rs.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

RIBEIRO, Catarina João Capela. **A criança na justiça**. Coimbra/POR: Edições Almedina, 2009.

SANI, Ana Isabel. **Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça**, 2013. Disponível em: <<https://eces.revues.org/1668>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela constitucional da criança e do adolescente**: projeções civis e estatutárias. In: Temas de Direito Civil, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UOL. Menino Bernardo procurou ajuda, mas auxílio só chegou depois de sua morte, 2014. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/17/menino-bernardo-procurou-ajuda-mas-auxilio-so-chegou-depois-de-sua-morte.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**: Novo curso – Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry ; SILVEIRA, Mayra . **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho Do Amaral.
Crianças encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.