



**O RECONHECIMENTO DA MENORIDADE NO PROCESSO PENAL
ENVOLVENDO CRIMES COMETIDOS CONTRA
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

THE RECOGNITION OF THE CHILDHOOD IN THE CRIMINAL PROCESS
INVOLVING CRIMES COMMITTED AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS

Luis Fernando de França Romão¹

RESUMO: O artigo examina o problema do reconhecimento da menoridade no processo penal envolvendo crimes cometidos contra crianças e adolescentes, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, abordando a questão tanto pelo reconhecimento por provas documentais quanto por provas indiciárias, considerando a missão constitucional do juiz nesses processos como garantidor da proteção integral infantojuvenil, notabilizada com o surgimento do procedimento do depoimento especial instituído pela Lei nº 13.431/2017 que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, conectando, dessa maneira, o Direito Processual Penal com o microssistema dos direitos da infância.

Palavras-chave: Prova; menoridade; processo penal; depoimento especial; microssistema dos direitos.

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Direito do Estado (USP). Pós-graduado em Direito Especial da Criança e do Adolescente (UERJ). Bacharel em Direito (PUC-Rio). Advogado.

ABSTRACT: The article examines the problem of recognition of the childhood in criminal process involving crimes committed against children and adolescents, in the light of the jurisprudence of the Superior Tribunals, addressing both the recognition of documentaries proofs and evidences proofs, considering constitutional mission of the judge in these processes as guarantor of the integral protection of children and adolescents, noted with the institution of the procedure of the special testimony edited by Law 13.431/2017, which established the system of guaranteeing the rights of the child and adolescent victim or witness of violence, thus connecting Criminal Procedure Law with the child rights micro-system.

Keywords: Proof; childhood; criminal procedure; special testimony; micro-system of rights.

INTRODUÇÃO: colocação do tema e do problema

Provar, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 231), é, antes de qualquer coisa, estabelecer a existência da verdade, de modo que as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Assim, provar é demonstrar a certeza do que se diz ou se alega.

Com efeito, logo nas disposições gerais quanto à prova, o Código de Processo Penal, no artigo 155, após prever no *caput* a adoção do sistema do convencimento motivado do juiz que formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, dispõe no mesmo dispositivo, em parágrafo único, que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Dessa maneira, a prova da menoridade no processo penal, por referir-se a estado pessoal, passa a seguir a sistemática civilista.

A questão ganha potencial importância quando envolve a necessidade de reconhecimento da idade para confirmar a imputação e condenar por tipo penal incriminador em que a idade da vítima seja elementar. A prova da idade da vítima, em determinadas circunstâncias, ganhará tamanha relevância que desafiará até a premissa da inexistência de valor probatório absoluto no sistema da livre persuasão racional do juiz.²

² Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 640) destaca que da adoção do sistema da livre persuasão racional do juiz deriva, dentre outros efeitos, o de que não há prova com valor absoluto, por não haver hierarquia de provas no processo penal, tendo toda prova valor relativo, mesmo a confissão que antigamente fora conhecida como “rainha das provas”.

Nos crimes em que seja vítima a criança ou o adolescente, a prova do reconhecimento da menoridade é fundamental, em conjunto com os demais elementos probantes, notadamente o elemento subjetivo dolo ou culpa, para confirmar a adequação típica e a condenação do autor do delito.

Imagine-se, por exemplo, no crime de estupro de vulnerável do *caput* do artigo 217-A do Código Penal³, com elementos suficientes de autoria e materialidade. Na hipótese de haver documento hábil de acordo com a lei civil (art. 155, parágrafo único, CPP) estará provada uma elementar do crime. Contudo, e no caso de não haver documento em conformidade com a sistemática civilista de registro público a provar a idade da criança ou do adolescente, como restará ao processo penal dar a resposta para o caso, sem constar nos autos prova documental veiculando registro público civil com a idade da vítima?

A solução processual penal é dada a partir de outros elementos constantes dos autos, conforme se vislumbra na jurisprudência dos tribunais superiores, embora não sem controvérsia e divergência, porém, apesar da adequação das soluções encontradas para o problema, deve-se buscar a sua correta fundamentação a partir da teoria geral das provas em processo penal para que o Estado-juiz garanta a proteção integral à criança e ao adolescente vítima de crime por um lado, sem contudo, por outro lado, comprometer as garantias processuais penais do acusado. É sob tal perspectiva que o presente trabalho aborda a questão, sempre à luz da jurisprudência brasileira.

1 RECONHECIMENTO POR PROVA DOCUMENTAL HÁBIL

Em 1993, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento segundo o qual “*para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil*” (Súmula 74). Com isso, nas ações em que o acusado alegava a menoridade ao tempo do cometimento do crime, passou-se a exigir a prova documental hábil da alegação de tal condição.⁴ A súmula fundamenta-se no comando normativo do parágrafo único do artigo

³ Código Penal: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

⁴ Precedentes originários e acórdãos atuais do Superior Tribunal de Justiça indexados ao verbete 74: RHC 2.056/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, j. 10 ago. 1992; REsp 5.290/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade, j. 23 out. 1990; REsp 2.924/MG, 6ª Turma, Rel. William Patterson, j. 29 jun. 1990; REsp 1.730/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 13 jun. 1990; REsp 1.856/SP, 5ª Turma, Rel. Cid Flaquer Scartezini, j. 9 mai. 1990; REsp 1.039/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 14 fev. 1990; HC 15.981/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 1 mar. 2005; HC 57.734/RJ, 6ª Turma, Min. Hamilton Carvalhido, j. 17 dez. 2007;

155 do Código de Processo Penal, tendo em vista que a menoridade está inequivocamente relacionada ao estado das pessoas.

Se por um lado passou-se a exigir documento hábil para atenuar pena ou apurar a inimputabilidade penal do agente, por coerência, o Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, passou a exigir a prova da menoridade por documento hábil a fim de agravar ou condenar o réu, aplicando-se, pois, também nessas situações a Súmula 74, de maneira que para efeitos penais a prova da menoridade é requerida tanto para se verificar o estado da pessoa do réu, quanto da vítima.

A jurisprudência, inicialmente, passou a exigir para o reconhecimento da menoridade para efeitos penais, como documento hábil, a demonstração de certidão de nascimento como prova documental específica e idônea, tendo em vista as “restrições probatórias estabelecidas na lei civil” e, dessa maneira, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, deveria comprovar “documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito”.⁵

Decerto que por documento hábil apto a provar a idade para efeitos penais, observadas as restrições estabelecidas na lei civil (conforme art. 155, parágrafo único do CPP), tem-se inequivocamente a certidão de nascimento, lavrada sob as formalidades legais dos registros públicos, com fé pública. Mas não só. Além da certidão de nascimento e do Registro Geral em órgãos oficiais de identificação civil nas Unidades da Federação, verifica-se registro em longínquo precedente do Supremo Tribunal Federal de considerar-se, inclusive, a certidão de batismo, em caso de conflito de datas, prevalecendo o ato presumidamente legítimo mais próximo do nascimento.⁶

Em teoria geral das provas no processo penal, a prova documental possui noção flexível, porque dependente do conteúdo que se quer com ela demonstrar, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira. Assim, o que importa para fins de relevância probatória é a originalidade do conteúdo veiculado pelo documento, considerado quaisquer escritos, instrumentos, papéis, públicos ou particulares, desde que devidamente autenticados (OLIVEIRA, 2010, p. 447). Destaca ainda André Nicolitt (2016, p. 702) que prova documental é qualquer coisa

HC 102.806/SP, 5ª Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19 nov. 2009; REsp 1.120.110/AC, 5ª Turma, Min. Felix Fischer, j. 23 mar. 2010.

⁵ STF, 1ª Turma, HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13 ago. 1996, DJ 19 dez. 1996.

⁶ STF, 1ª Turma, HC 52.005/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 7 mai. 1974, DJ 4 nov. 1974: “Crime contra os costumes (CP 213). Prova da idade. Se o registro civil foi feito mais de 10 anos depois do batismo e entra em conflito com este, deve prevalecer o ato mais próximo do nascimento e, por isso, presumidamente verdadeiro. *Habeas corpus* provido”.

que possa representar um fato, tendo um sentido muito mais amplo que sua mera identificação a papéis escritos, públicos ou particulares.

Neste sentido, mesmo com o parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal dispondo que a prova do estado das pessoas observará as restrições estabelecidas na lei civil, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes apontando que na ausência de documento civil a comprovar a idade – notadamente certidão de nascimento ou identidade civil – pode-se emprestar confiabilidade necessária à Folha de Antecedentes Criminais (FAC) acostada aos autos do processo para se atestar a menoridade do réu ao tempo do delito.⁷

No entanto, há divergência no Superior Tribunal de Justiça, vislumbrando-se jurisprudência no sentido da necessidade de documento hábil e da “melhor prova” para a comprovação da menoridade das vítimas, como se observa no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 762.043/RJ:

Estupro e atentado violento ao pudor. Presunção de violência (reconhecimento). Idade da vítima (comprovação). Documento hábil (necessidade). 1. Girando a questão, relevantíssima questão, em torno da melhor forma de comprovação da idade das vítimas – se por documento público ou se mediante prova testemunhal tão-só –, a melhor das indicações é no sentido de que se exija a melhor prova, sempre e sempre. 2. Tratando-se, como se trata, de matéria penal a envolver um dos mais relevantes bens da vida – a liberdade –, o melhor dos entendimentos é o de que, no caso, a melhor prova é a documental. 3. Embargos de divergência conhecidos, porém rejeitados.⁸

A divergência de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça se deu, sobretudo, por ocasião do julgamento de um *Habeas Corpus* de relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, de caso envolvendo atentado violento ao pudor com presunção de violência pela vítima ser menor de catorze anos⁹, e quanto à prova da idade da vítima declarou-se a prescindibilidade documental específica:

⁷ STJ, 6ª Turma, HC 50.379/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4 set. 2007, DJ 24 set. 2007: “Direito Penal. *Habeas Corpus*. Latrocínio. Excesso na dosimetria da pena. Inocorrência. Menoridade. Documento hábil. Existência. Constrangimento. Reconhecimento. [...] 2. Constando dos autos folha de antecedentes na qual se apura a menoridade do réu, tem-se documento hábil nos termos da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça. [...]”.

⁸ STJ, 3ª Seção, EREsp 762.043/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 29 out. 2008, DJe 4 mar. 2009.

⁹ “Vale registrar que, ao tempo da redação originária do Código, adotava-se o critério da presunção de violência, então discriminada no art. 224, do CP. O método surgiu no Código em 1890, aplicado para o ato sexual contra menor de 16 anos, idade esta que foi diminuída, em 1940, para os não maiores de 14 anos. O critério sempre foi alvo de polêmicas, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Discutia-se, basicamente, a questão se a presunção da violência, no caso de menores de 14 anos, era absoluta ou relativa, bem assim se seria tolerável a existência de presunções em Direito Penal. Por conta disso, a Lei nº 12.015/09 procurou superar a polêmica, construindo o tipo penal do estupro de vulnerável, revogando, assim, o art. 224. Dessa forma, o incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria: vulnerável. São considerados vulneráveis, para o Código Penal, os menores de 14 anos, recebendo a mesma proteção, de acordo com

Habeas Corpus. Atentado violento ao -pudor. *Erro in iudicando*: tipificação. Inocorrência. Menoridade da vítima. Prescindibilidade de documento. Presunção de menoridade da vítima. Art. 224, “a”, do Código Penal. Caráter absoluto. 1. Correta a tipificação feita pelo Tribunal *a quo* quanto à conduta do agente que, mediante violência ou grave ameaça, constrange alguém a praticar ou permitir ato diverso da conjunção carnal. O coito anal entre pessoas do sexo masculino não se equipara à cópula vagínica. Consta dos autos, que a vítima é um menor, do mesmo sexo que o paciente, tendo à época dos fatos, apenas onze anos de idade, fazendo reconhecer-se a violência presumida, dessarte. 2. Inobstante a ausência de certidão de nascimento da vítima, pode se aferir a idade da vítima por outros elementos contidos nos autos. Ademais, como ressaltou a sentença, a defesa baseou sua fundamentação em meras conjecturas sobre a aparência da vítima. Se há outros meios de comprovar a idade da vítima, como a prova testemunhal, torna-se prescindível a juntada do documento específico do Registro Civil. 3. Esta Corte mantém entendimento de que a presunção de menoridade da vítima, prevista no artigo 224, “a”, do Código Penal, possui caráter absoluto, não podendo ser afastada por ser a vítima menor “morador de rua”. 4. Ordem denegada.¹⁰

Ainda no Superior Tribunal de Justiça há a manifesta e reiterada resistência do Ministro Felix Fischer que entende pela imprescindibilidade da prova documental hábil para atestar a menoridade da vítima, consignado sobretudo no Recurso Especial nº 1.120.110/AC, em caso envolvendo estupro com violência presumida pela vítima ser menor de catorze anos. Naquela ocasião, ressaltou o referido Ministro que o Código de Processo Penal regula a forma como esse tipo de prova deve ser produzida no processo, de modo que ignorar a comprovação da menoridade por “documento idôneo” seria o mesmo que julgar *contra legem* e em desfavor do réu, suprimindo um direito constitucional do acusado, violando-se o devido processo legal, não comungando, pois, dos precedentes em sentido contrário emanados daquela Corte:

Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Estupro com violência presumida. Prova da idade da ofendida. Cópia de certidão ou documento hábil. Imprescindibilidade. I – A prova acerca do disposto na alínea “a” do ora revogado art. 224 do Código Penal, por ser dado fundamental para a adequação típica da *imputatio facti*, deve obedecer à exigência prevista no art. 155, parágrafo único, do CPP, mormente quando a ofendida não é de tenra idade ou, então, não está distante da idade limítrofe de 14 anos. II – A eventual permissão legal de demonstração subsidiária não se equipara à forma meramente alternativa. Inexistindo motivos para a não juntada oportuna da prova legalmente exigida, é desautorizada a simples substituição – como se opção fosse – por dados outros, carecedores, em situações tais,

o art. 217-A § 1º, os enfermos, deficientes mentais ou aqueles que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 770-771).

¹⁰ STJ, 6ª Turma, HC 42.930/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 6 out. 2005, DJ 24 out. 2005.

de força probatória apta a contornar a expressa e legal limitação, o que, igualmente, não desobriga a acusação do *onus probandi*. Recurso provido.¹¹

Vale ressaltar que a prova documental da menoridade da vítima pode ser provocada ou coacta, isto é, quando a iniciativa probatória é do juiz, a ocorrer a gestão da prova pelo magistrado, podendo ser determinada, de ofício, a sua juntada aos autos, conforme preceitua o artigo 234 do Código de Processo Penal ao prever que se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento das partes, a sua juntada ao processo, se possível.

Dessa maneira, deve o juízo diligenciar junto a cartórios de registros civis da localidade de possível nascimento da vítima para dirimir dúvida sobre esse ponto relevante (art. 156, inciso II, do CPP), além de outras instituições, tais como escolas, hospitais e, logicamente, institutos de identificação civil. Não logrando êxito em ter a prova documental hábil atestando inequivocamente e de forma incontroversa, presumidamente legítima, quanto à idade da vítima, deve o reconhecimento da menoridade fundamentar-se em outros elementos de prova admitidos no processo penal.

2 RECONHECIMENTO POR PROVA INDICIÁRIA

Diz Gustavo Henrique Badaró (2012, p. 336) que o indício é o fato certo que está na base da inferência da presunção: “o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”. Nesta mesma perspectiva, Renato Brasileiro de Lima aduz ser o indício fato provado que permite, por inferência, concluir-se pela ocorrência de outro fato, não sendo, pois, o indício um meio de prova, mas sim o resultado probatório de um meio de prova.

No sentido de prova indireta, o indício deve ser compreendido como espécie de prova, a funcionar como dado objetivo que serve para confirmar ou negar asserção de fato que interessa à decisão judicial e, quanto à discussão doutrinária acerca da possibilidade de condenação com base em indícios, observa o autor algumas condicionantes:

A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do sistema de persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a conseqüente exclusão

¹¹ STJ, 5ª Turma, REsp 1.120.110/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23 mar. 2010, DJe 3 mai. 2010. No mesmo sentido, em julgado anterior: STJ, 5ª Turma, REsp 252.729/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21 fev. 2002, DJ 11 mar. 2002.

de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório. De modo algum. Para tanto, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições: a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular); b) devem estar estreitamente relacionados entre si; c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano. (LIMA, 2019, p. 614-615).

Além disso, em Teoria Geral das Provas tem-se que os elementos de prova são re-presentados por aquilo introduzido no processo penal que pode ser utilizado pelo juiz como fundamento para exercer seu julgamento sobre a causa. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 609-610), funcionam como elementos de prova a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de perito sobre a matéria, o conteúdo de documentos juntados aos autos, sendo, pois, a partir da análise desse conjunto de elementos de prova que será formado o convencimento do julgador.

Com efeito, dentre os três sistemas de avaliação da prova – íntima convicção do magistrado, prova tarifada e convencimento motivado – o ordenamento jurídico brasileiro atualmente adota o último, também chamado em doutrina de persuasão racional ou de livre apreciação judicial da prova, previsto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, tendo o magistrado ampla liberdade e discricionariedade na valoração das provas dos autos, mas vinculando-se a fundamentar sua decisão, sob pena de nulidade.

Disso ressaltai que na ausência de prova documental hábil da menoridade da vítima, notadamente a certidão de nascimento ou registro geral, poderá o estado pessoal da vítima ser aferido por outros elementos de convicção constantes nos autos do processo penal, inferindo-se a menoridade a partir de provas indiretas coligidas, especialmente laudos periciais, provas testemunhais, depoimento da vítima, de modo que analisadas em conjunto, tais provas apresentem elementos suficientes para caracterizar a idade mais próxima possível da pessoa da vítima à época do fato criminoso.

E isso não é novo. Nem se trata de casos remotos. Há situações em que não existe qualquer registro documental de nascimento da vítima, mas outros elementos de prova podem trazer, com segurança jurídica, a demonstração da menoridade para a adequação típica da imputação e de eventual condenação penal.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário no ano de 1984, sob a relatoria do Ministro Francisco Rezek, enfrentou a questão da prova da idade da vítima ante a falta da certidão de nascimento, em caso envolvendo atentado violento ao pudor, com violência ficta, contra uma criança de seis anos, a decidir especificamente se a certidão de nascimento seria indispensável para provar a idade de pessoa. O Tribunal de origem (São Paulo) fixara a tese de que a idade, tendo a ver com o estado civil do indivíduo, só poderia ser demonstrada pelo registro de nascimento.

Ponderou o Relator Francisco Rezek que na ausência do registro civil a prova comporta cuidados, especialmente quando a vítima alega ter idade próxima da faixa limítrofe que determina consequências penais. Para o Ministro, nessas hipóteses, mesmo o exame médico é precário, porque aproximativo, não atendendo ao requisito de certeza que uma condenação penal reclama. Mas, no caso então em julgamento, como a idade da vítima (seis anos) era distante do fixado no tipo penal incriminador (catorze anos), deu-se por certo que na falta da certidão de nascimento, evidências outras poderiam levar o magistrado a um seguro convencimento.¹²

O conjunto dos fatos e das provas dos autos – seja boletim de ocorrência policial¹³, termo de apresentação na Promotoria da Infância e da Juventude¹⁴, laudos periciais,

¹² STF, 2ª Turma, RE 101.032/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 22 mai. 1984, DJ 15 jun. 1984. “Processo penal. Prova da idade da vítima. A falta da certidão de nascimento da vítima de crime cometido com violência ficta, outras evidências podem levar o magistrado ao convencimento sobre esse tópico, com tanto maior segurança quanto mais distante se encontre aquela da faixa limítrofe de quatorze anos. Mérito do recurso extraordinário do Ministério Público”.

¹³ STF, 2ª Turma, HC 121.709/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27 mai. 2014, DJe 12 jun. 2014. “*Habeas Corpus*. Penal. Crime de corrupção de menores. Art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Menoridade do adolescente. Reconhecimento pelo juízo sentenciante. Comprovação nos autos. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inocorrência. Ordem denegada. I – Agiu bem o magistrado sentenciante, que, à luz do conjunto fático-probatório dos autos, entendeu provada a materialidade do delito previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como bem destacou o representante do *Parquet* Federal, o adolescente apresentou o documento de identidade à autoridade policial por ocasião da lavratura do Boletim de Ocorrência, no qual se comprova sua menoridade à época dos fatos. II – Ao prover o recurso especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, o Superior Tribunal de Justiça apenas realizou uma nova valoração dos elementos fático-jurídicos existentes nos autos, fazendo prevalecer o entendimento do magistrado de primeiro grau, que entendeu comprovada a menoridade da vítima, com base no conjunto de fatos e provas dos autos, nos termos da Súmula 74 daquela Corte. III – Ordem denegada”.

¹⁴ STJ, 5ª Turma, HC 146.966/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13 set. 2011, DJe 28 set. 2011. “*Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Aplicação de causa de aumento referente à delito cuja prática envolve criança ou adolescente. Documento hábil para comprovar a menoridade. Inteligência da Súmula 74/STJ. Ordem denegada. 1. O acórdão impugnado entendeu pela existência de documentos hábeis a comprovar a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente na empreitada criminosa, dentre eles o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância. 2. A Defesa alega que não ficou comprovado nos autos a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente durante o delito, razão pela qual deve ser afastada, da pena aplicada ao Paciente, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, sob o fundamento de aplicação da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça: ‘Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil’. 3. O documento hábil do

declarações das testemunhas, compleição física das vítimas ou declaração do próprio acusado¹⁵, entre outros – é suficiente para suprir a ausência de certidão de nascimento ou carteira de identidade, permitindo, pois, a aplicação dos efeitos penais decorrentes do envolvimento da vítima de menoridade no crime cometido, conforme jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça.

3 O JUÍZO COMO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE VÍTIMA

Convém registrar que nos casos em que o processo penal envolve crimes cometidos contra criança ou adolescente, o magistrado funciona como um garantidor da princípio da proteção integral, isto porque a Constituição da República, no artigo 227, prevê ser dever também do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com garantia da prioridade absoluta, o direito à dignidade, à liberdade e ao respeito, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa maneira, o *caput* do artigo 227 da Constituição de 1988 apresenta dois preceitos basilares para os novos direitos da criança e do adolescente estruturantes da *doutrina da proteção integral*, quais sejam: a distribuição de deveres e responsabilidades e a garantia da prioridade absoluta (ROMÃO, 2016, p. 72).

Sob esse fundamento constitucional fora editada a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, a estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, trazendo, com isso, ao sistema processual penal o procedimento do depoimento especial.

qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância. 4. Ordem denegada”.

¹⁵ STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 12.700/AC, Rel. p/ acórdão Min. Gurgel de Faria, j. 10 mar. 2015, DJe 5 jun. 2015. “Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Estupro de vulnerável. Menoridade das vítimas. Certidão de nascimento. Ausência. Demonstração probatória por outros elementos. Possibilidade. 1. Nos crimes sexuais contra vulnerável quando inexistente certidão de nascimento atestando ser a vítima menor de 14 anos na data do fato criminoso, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a verificação etária a partir de outros elementos de convicção colacionados aos autos [...] 2. Na hipótese, embora inexistente certidão civil, os laudos periciais, as declarações das testemunhas, a compleição física das vítimas e as declarações do próprio acusado supre satisfatoriamente a ausência daquela prova documental. 3. Agravo regimental desprovido”.

3.1 Depoimento especial

Por muito tempo as crianças e os adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sofreram duplamente, seja com o ato criminoso que lhe sujeitaram, violando seus direitos, seja durante o processo penal, como objetos do sistema de justiça criminal acionador do aparato repressivo estatal para a punição do fato criminoso. Assim, crianças e adolescentes por muito tempo foram vítimas primárias e secundárias e objeto do processo penal, sofrendo com a inadequação e a impropriedade dos meios procedimentais utilizados:

A criança que já sofreu uma violação do seu direito experimenta novamente outra violação, nesse momento, dos operadores do direito, que deveriam lidar com a criança de forma mais profissional e consciente quando da apuração do evento delituoso: essa violação advém de uma equivocada abordagem realizada para comprovar o fato criminoso e que poderá ser tão ou mais grave que o próprio abuso sexual sofrido. Essa equivocada abordagem traduz-se, efetivamente, no que os operadores do direito desejam do processo penal, a verdade, a partir de meios probatórios inquisitoriais inerentes à estrutura processual penal; e nessa busca infringem direitos fundamentais das vítimas. Ademais, a frieza e a formalização dos procedimentos legais, a falta de acolhida e ambientação às vítimas infantojuvenis são fatores estressores que potencializam a vitimização secundária. (PÖTTER, 2016, p. 180).

Com a edição da Lei nº 13.431/2017, estabeleceu-se o *depoimento especial* que é um procedimento especial de oitiva da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência que se dá perante autoridade policial ou judiciária, resguardando-se qualquer contato, ainda que visual, da criança ou do adolescente com o suposto autor ou acusado ou com outrem que se lhe represente ameaça, coação ou constrangimento, devendo, pois, o depoimento especial ser realizado em local apropriado e acolhedor, nisso compreendida a infraestrutura e o espaço físico que garantam a necessária privacidade à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência.

O depoimento especial, com efeito, há de reger-se por protocolos, isto é, não fica ao alvedrio da autoridade policial ou judiciária, e, em regra, sempre que possível, só será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida, por conseguinte, a ampla defesa do investigado.

Dessa maneira, por previsão legal o depoimento especial tem natureza jurídica de prova antecipada, entendida em doutrina como aquela prova produzida com a observância do contraditório real, perante autoridade judicial, em momento processual distinto daquele

legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo penal, em virtude da situação de urgência e relevância (LIMA, 2019, p. 608).

Ainda de acordo com a Lei nº 13.431/2017, o depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova quando a criança ou o adolescente tiver menos de sete anos de idade ou em caso de violência sexual, não se admitindo a tomada de novo depoimento, reiterando-se a lógica da irrepetibilidade do procedimento de oitiva, com exceção de imprescindibilidade justificada pela autoridade competente, mas havendo necessidade de concordância da vítima ou da testemunha ou do respectivo representante legal.

Por ocasião da produção de prova antecipada, quando da oitiva da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, o procedimento do depoimento especial exigirá o esclarecimento ao depoente, através de profissionais especializados, de informações sobre seus direitos, vedando-se a prática, até então comum, de leitura da denúncia ou de outras peças processuais, sendo assegurada a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo haver intervenção, quando necessário, do profissional especializado.

Se ocorrer o depoimento especial em sede de processo judicial, será ele transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservando-se o sigilo. A autoridade judiciária avaliará, após consulta ao Ministério Público, defesa e técnicos, a pertinência de perguntas complementares a serem organizadas em bloco, podendo ser adaptadas, pelo profissional especializado, à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente depoente. Tudo deve ser gravado em áudio e vídeo.

É garantido à vítima ou à testemunha de violência o direito de prestar o depoimento diretamente ao magistrado, se assim o desejar. Em todo o caso, o juiz é responsável por tomar todas as providências necessárias para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou da testemunha, inclusive podendo afastar o acusado da sala de audiência, se sua presença puder prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco. Sobressai, ainda, a regra segundo a qual esse procedimento de oitiva deve ser protegido pelo segredo de justiça.

Observa Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 609) que o Código de Processo Penal é silente sobre o procedimento a ser adotado no caso de colheita do depoimento especial, como prova antecipada e, por isso, entende o autor, com fundamento no artigo 3º do referido

Código¹⁶, ser possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil que trata expressamente da matéria nos artigos 381 a 383.

Em que pese a lógica processual adotada com esta posição do mencionado processualista penal, deve-se atentar, todavia, que o procedimento da produção antecipada da prova prevista no Código de Processo Civil em nada esclarece ou contribui para a matéria do depoimento especial da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cuja fonte é a própria Lei nº 13.431/2017 que previu expressamente o procedimento a ser adotado, dispondo as etapas e os ritos a serem seguidos, cabendo aos órgãos do sistema de garantia dos direitos locais definirem os protocolos a que se refere o *caput* do artigo 11, de acordo com a respectiva realidade sócio-jurídico-institucional, observando-se os *standards* protetivos mínimos fixados na referida lei nacional.

Ademais, é a mesma sistemática vigente quanto ao procedimento das audiências de custódia, pois o Código de Processo Penal também era até pouco tempo silente quanto a ele, mas cujo modelo seguiu por quatro anos regulamentado administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015) e por provimentos editados pelos Tribunais de Justiça¹⁷, só vindo a ser positivado ao respectivo Código Processual através da Lei nº 13.964/2019.

Assim, com a instituição do novo procedimento no processo penal brasileiro do depoimento especial, constituindo-se em prova antecipada, buscou-se senão acabar, ao menos minorar, a vitimização secundária da criança e do adolescente, cabendo, pois, ao Estado-juiz garantir, com prioridade absoluta¹⁸, a proteção integral infantojuvenil, sem olvidar das garantias do acusado ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, devendo os Tribunais de Justiça locais regulamentarem administrativamente o novo procedimento do depoimento especial que se coaduna com uma nova lógica de colheita de provas no processo

¹⁶ Código de Processo Penal: “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

¹⁷ “Driblando a longa espera pela regulamentação, por parte do Poder Legislativo, de um procedimento que garanta a concretização do direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária, o Conselho Nacional de Justiça optou por criar uma regulamentação geral (Resolução nº 213, de 15/12/2015) e a orientar os Tribunais a regulamentarem de forma mais específica, administrativamente o procedimento a ser adotado na audiência destinada ao cumprimento do comando emanado do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. A regulamentação tem sido implantada através de Resoluções e Provimentos [...]” (OLIVEIRA *et al.*, 2017, p. 131-132).

¹⁸ “[...] deve-se considerar a prioridade absoluta como uma garantia constitucional especial, caracterizando-se como uma técnica instrumentalizadora para assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes” (ROMÃO, 2017, p. 62).

penal brasileiro quando se refere a crimes cometidos contra crianças e adolescentes, a incluir desde a prova da menoridade até os demais elementos necessários para decisão penal.

CONCLUSÃO

Nos casos que envolvam a necessidade de reconhecimento da menoridade da vítima, o juízo do processo penal, se não verificar nos autos certidão de nascimento ou registro geral de identificação civil, deve diligenciar junto a cartórios de registros civis da localidade de possível nascimento da vítima para dirimir dúvida sobre esse ponto relevante, com base legal no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, além de outras instituições, tais como escolas, hospitais e órgãos de segurança pública.

Não logrando êxito em ter a prova documental hábil atestando inequivocamente e de forma incontroversa a idade da vítima, consoante o enunciado da súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, deve o reconhecimento da menoridade fundamentar-se em outros elementos de prova admitidos no processo penal brasileiro.

Assim, o conjunto dos fatos e das provas coligidos aos autos é suficiente para suprir a ausência de certidão de nascimento ou de carteira de identidade, permitindo a aplicação dos efeitos penais decorrentes do envolvimento de vítima de menoridade no crime cometido, podendo tais elementos de prova ser extraídos de boletim de ocorrência policial, termo de apresentação à Promotoria da Infância e da Juventude, laudos periciais, declarações das testemunhas, compleição física das vítimas ou declaração do próprio acusado, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de maneira que as provas indiciárias podem atestar o estado pessoal da menoridade da vítima.

Ao Estado-juiz, representado pelo juízo do processo penal que envolva o processamento de crime cometido contra criança ou adolescente, cumpre o dever constitucional, consubstanciado no artigo 227 da Constituição da República de 1988, de assegurar, com a garantia da prioridade absoluta, o direito da criança ou do adolescente vítima à dignidade, ao respeito e à liberdade, concretizado processualmente através do depoimento especial previsto pela Lei nº 13.431/2017, configurado como produção antecipada de prova judicial, objetivando cumprir os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, gerando, pois, uma conexão entre direito processual penal, notadamente a teoria geral da prova, e o microsistema dos direitos da criança e do adolescente (ROMÃO, 2017).

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PÖTTER, Luciane. *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política de redução de danos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *Microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.