

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

KATIA ROGÉRIA FONSECA

**A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA NORMA E A REVITIMIZAÇÃO DO
SUJEITO PASSIVO DO CRIME**

VOLTA REDONDA

2023

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA NORMA E A REVITIMIZAÇÃO DO
SUJEITO PASSIVO DO CRIME**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Katia Rogéria Fonseca

Orientadora:

Ericka Júlio Batitucci

VOLTA REDONDA

2023



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO


Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

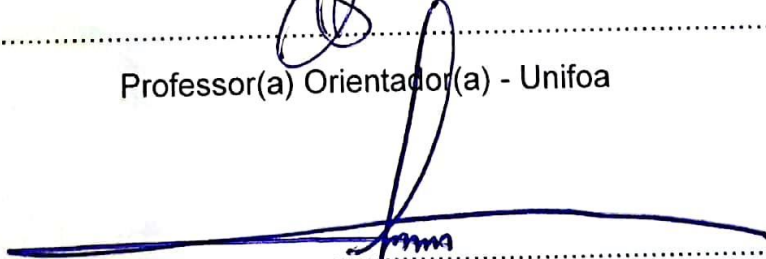
A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA NORMA E A REVITIMIZAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DO CRIME


Elaborado por Katia Rogéria Fonseca, apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovado em 20 de junho de 2023

Banca Avaliadora:


.....
Professor(a) Orientador(a) - Unifoa


.....
Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa


.....
Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa

Dedico esta conquista a minha mãe por todo apoio e incentivo ao longo da minha jornada acadêmica. Sem ela nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais pela compreensão, carinho e sustentação nos momentos mais difíceis.

Aos meus professores pelo incentivo e aprendizado durante o curso. Especialmente a Profa. Ma. Ericka Júlio Batitucci, pela orientação e extrema competência.

Aos meus colegas de turma e amigos, que participaram de tantos momentos importantes ao meu lado, me proporcionando muito apoio, risadas e parceria.

As minhas amigas Pamela Guimarães, Ana Clara lasbec, que mesmo não fazendo parte do curso, foram essenciais nesta jornada me levantando quando necessário.

Enfim agradeço a todas as pessoas que fizeram parte desta etapa decisiva da minha vida.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar os aspectos negativos da dispersão de leis que em sua grande maioria não é colocada em prática efetiva, situação que tende a proporcionar a revitimização do sujeito passivo da norma. Além disso, buscou-se perscrutar o quanto a falta de estrutura estatal prejudica a atividade policial no seu exercício como garantidor da ordem social e como essa deficiência o torna um agente causador de infrações, bem como a percepção da sociedade da polícia como ineficiente no exercício da sua função e distante das demandas reais da população. As leis nº 13.431/17 e nº 14.344/22 são enfatizadas neste trabalho. Essas normas estabelecem a oitiva da criança ou adolescente que sofre violência doméstica por meio de escuta especializada, depoimento especial e tratativa diferenciada. A metodologia utilizada na elaboração deste texto foi qualitativa e quantitativa. Os métodos e técnicas de pesquisa são experimentais, extraídos da análise de dados que foram baseados na aplicação da lei e sua taxa de incidência, assim como da bibliografia com levantamentos já publicados de grandes juristas e especialistas no assunto.

Palavras chave: Legislativo, Criança e adolescente, polícia, revitimização.

ABSTRACT

This final paper aims to analyze the negative aspects concerning the excessive making of laws, which, in the majority, are not put into effective practice and turn out to revictimize the passive subject of the norm, and, also, the lack of state structure tend to undermine the police activity during its exercise trying to guarantee the social order, transforming them into a causative agent of violations; besides that, they are evaluated as inefficient by society because of this context. The laws 13.431/17 and 14.344/22 are emphasized in this paper. They establish the hearing of the child or adolescent that is victim of domestic violence by the specialized hearing, special testimony and dealing with this situation. The methodology used is quantitative and qualitative. The methods and research techniques are experimental and based on statistical analysis of data extracted of the application of the law and its incidence rate, but also bibliography that brings the data survey already published by great jurists and legal experts.

Keywords: Legislative, Child and adolescent, Police, Re-victimization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A MISSÃO E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	12
2.1 Qual a real função do direito penal	12
2.2 Contribuição Midiática	15
2.3 Um Legislativo Ineficaz	20
3 PRINCÍPIOS.....	23
3.1 Princípio da Legalidade.....	23
3.2 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana	24
3.3 Princípios em proteção do menor	27
4 LEI DE PROTEÇÃO A CRIANÇA VITIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA ..	32
4.1 Lei do depoimento especial.....	32
4.2 Lei Henry Borel	36
4.3 Atuação policial	39
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Mudanças legislativas são implementadas constantemente no ordenamento jurídico, na busca por melhorias bem como o acompanhamento das inovações da sociedade visando, efetivar direitos, regular comportamentos e coibir condutas indesejadas, para garantir a ordem, uma sociedade justa e igualitária que respeita as diferenças e garantem direitos a muito conquistados.

O direito penal é peça fundamental nessa busca, pois é a última opção na intervenção do estado na vida privada, motivo pelo qual o legislador deve ter especial atenção a criação de dispositivos que possam de qualquer maneira cercear direitos fundamentais como a liberdade de locomoção por exemplo, princípios que são norteadores do sistema de justiça devem ser observados, para que haja efetivação do Estado Democrático de Direito garantido na Constituição Federal de 1988.

Neste passo, a mídia e a sociedade tem relevante participação uma vez que embora a democracia pressuponha participação da sociedade tendo em vista que as mudanças legislativas são feitas por representantes do povo, essa participação é distante pois não é possível que os anseios da população de modo geral sejam acompanhados de perto por seus representantes, assim a mídia possui grande relevância quando expõe os fatos que em tese sejam as necessidades das pessoas como um todo, o que ocorre é uma deturpação das reais necessidade para que haja maior venda de matéria, sem observar os riscos que isto pode causar aos detentores de direitos, em síntese a única preocupação é em vender manchete, independentemente dos direitos que serão suprimidos pelo legislativo.

Assim, o legislativo na busca de regular as condutas respondendo aos anseios da sociedade peca quando suprime direitos, estabelece punições e simplesmente não observa as condições de aplicabilidade do dispositivo criado, bem como a falta que fará o dispositivo suprimido, neste sentido o legislativo não observa as condições reais da sociedade nem mesmo se será possível a aplicabilidade de novas leis, causando a revitimização do sujeito passivo do crime, pois a inobservância de um direito estabelecido em lei, qual seja a sua inaplicabilidade por ausência de condições causa a revitimização independentemente do princípio da

reserva do possível, destarte o legislativo como detentor das principais ferramentas capazes de modificar o estado jurídico de qualquer coisa é quem deveria agir na busca não somente de satisfação social, mas na melhoria e garantia dos direitos da sociedade como um todo, observando as necessidades, porém com um olhar teórico e com auxílio técnico para qualquer modificação na legislação vigente.

Para a criação de qualquer nova legislação é de extrema importância que se faça através da observação dos princípios que são basilares do ordenamento jurídico e servem para guiar o legislador na tarefa de regular as condutas sociais, assim tragos pela Constituição Federal de 1988, tem se em especial o princípio da Legalidade e da Dignidade da Pessoa Humana, que guiam o legislador na busca de legislações justas e que respeitem o ordenamento jurídico já existente.

Neste diapasão, são existentes ainda os princípios específicos que são direcionados a partes da sociedade, como as crianças e adolescentes, estes são considerados partes mais frágeis, pois estão em desenvolvimento e necessitam de uma melhor atenção e proteção estatal, sem que haja rompimento com a isonomia de tratamento. Assim os princípios em proteção dos menores visam garantir que estes terão toda a proteção necessária, bem como serão tratados como prioridade em todas as tomadas de decisões, assim foi estabelecido pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ocorre que na ineficiência e inobservância do legislador, esse dever de proteção e essa prioridade são deixadas cada vez mais de lado.

Nota-se este efeito nas recentes legislações estatais como a Lei 13.431/2017, que estabelece os procedimentos para oitiva especial das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, ou ainda a novel Lei 14.344/2022 chamada de Lei Henry Borel, que prevê mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra criança e adolescente, ambas as leis sim, observam os princípios basilares do ordenamento jurídico, bem como os princípios específicos das tratativas envolvendo crianças e adolescentes.

Entretanto dizer que uma lei é perfeita sob o aspecto formal, não quer dizer que sua aplicabilidade não fere direitos, uma vez que não cabe ao Estado apenas colocar leis em vigor, mas também é de sua obrigação zelar pela sua aplicabilidade na sociedade real, algo que se torna de difícil visualização nas referidas leis devido a

vários elementos inobservados quando da criação das mesmas, fazendo com que os sujeitos de direito no caso concreto passem pela chamada reatimização, pois a ausência de aplicabilidade da lei também é uma das formas por ineficiência do dever de proteção.

2 A MISSÃO E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

2.1 Qual a real função do direito penal

O direito penal é utilizado como meio que visa garantir o bem-estar social podendo ser utilizado apenas em último caso, fazendo jus ao Princípio do *Ultima Ratio*, que define a atuação do direito penal apenas nos casos que ofendam de forma extrema e repudiante o bem jurídico tutelado de qualquer pessoa da coletividade. Isto, porque o direito penal foi desenvolvido para coibir os comportamentos mais perniciosos ou graves da sociedade dos quais podem colocar em risco o convívio social dos membros, bem como os seus valores fundamentais, neste passo ele é capaz de positivizar no ordenamento tais condutas volitivas e prejudiciais tornando-as proibidas e sujeitas a sanção quando cometidas em desacordo com o estipulado no ordenamento.

De tal maneira, é a missão do direito penal a garantia e tutela dos bens jurídicos do corpo da sociedade, tutela essa que fica a cargo do poder coercitivo do Estado demonstrado através da prevenção geral, qual seja, a intimidação do meio coletivo, ou ainda através do temor da coletividade propagado pelo receio da sanção penal, mas não somente por tais fatores e sim, principalmente:

[...]pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção de sua necessidade de justiça. (CAPEZ, 2022, p. 24)

Desta maneira se mostra imperioso a demonstração de que o respeito as normas jurídicas de direito penal, não está relacionado apenas com o medo das sanções ora aplicadas pelas infrações cometidas, mas também pela sensação coletiva de busca por uma justiça, e pela necessidade de existência de um regramento para as infrações do indivíduo.

Quando estabelecida tal relação se nota que toda e qualquer lesão ao bem jurídico não necessariamente deve ser objeto de sanção penal, ao passo que nem sempre uma infração a norma será reprovada para o restante da sociedade, deve ser olhado também o comportamento do agente, se o mesmo teve dolo de provocar a lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, deve haver a conduta delitiva mais à vontade, e ambas devem estar dirigidas a uma finalidade, causar dano ao bem

jurídico, deixando evidenciado de que não faz parte sua conduta de qualquer excludente de licitude, tais como as estipuladas no Código penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - Em estado de necessidade;
II - Em legítima defesa
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
(BRASIL, 1984)

Isto é feito para que não haja o rompimento do vínculo criado com os membros da sociedade, vínculo este que possui o condão de determinar ético-socialmente o cumprimento de regramentos positivados no código e visam manter os direitos assegurados, uma vez quebrado tal vínculo pode gerar a sensação de injustiça por toda a sociedade, criando o caos por não haver norma capaz de controlar os ímpetos criminosos da sociedade e por colocar em situação de risco a parte que é vítima dos crimes em geral.

Neste passo se cumpre que a principal função do direito penal é a ético-social, qual seja a que busca formação ética dos cidadãos com base na determinação de quais condutas podem interferir e lesionar os bens jurídicos de maior importância, devendo agir sempre que necessário para a manutenção da ordem social e coibir toda e qualquer conduta que venha a lesionar os bens jurídicos tutelados.

Ressaltada sua principal função é necessário olhar para funções subsidiárias que, ainda que não sejam primordiais ocorrem no mundo do direito penal e funcionam ainda como ferramenta da política criminal que visa coibir condutas delitivas através de estratégias e instrumentos sociais, A política criminal por sua vez:

[...] é, ao mesmo tempo, fonte da legislação penal e instrumento de luta contra o delito e ainda, parte de uma política geral do estado, permeando todo o contexto da justiça penal em situações concretas. Transcende, assim, os próprios limites da Lei Penal, chegando a outros meios de controle social.
(TORRES, 2018, pag. 73).

Notadamente a política criminal caminha juntamente com o direito penal na busca pela concepção de justiça, e não apenas a busca pela punição desenfreada que desrespeita direitos e garantias já adquiridos pelos indivíduos da sociedade. Assim mediante dois fins específicos da política criminal como sugere Torres, Henrique Abi-Ackel, que podem ser analisadas dentro da atual problemática das

funções do direito penal, a primeira finalidade da política criminal trata de um modo geral existindo apenas dentro do estado democrático de direito sendo relativizados de acordo com os princípios fundamentais que estruturam cada Estado, a segunda finalidade trata de uma relação da política criminal com os outros meios de controle Social, algo que se encontra na relação Política Criminal e Direito Penal.

Dada esta relação é possível notar a função simbólica do direito penal, oculta diante da real função do mesmo, trata-se tal função de uma ferramenta utilizada pelo poder legislativo do Estado para a contenção do ímpeto da sociedade em busca de justiça para as mazelas que os afetam diariamente, isto se mostra evidente na criação de normas penais incriminadoras sem a possibilidade de inserção na realidade vivenciada pela sociedade, ou até mesmo no aumento de penas já positivadas, suprimindo direitos já conquistados, na busca de satisfação de anseios sociais imediatistas, dada a sensação de insegurança gerada pela violência crescente e a desvinculação do poder estatal com meios de pesquisa para a supressão e combate da mesma em virtude da pressão gerada pela sociedade.

A presente função nada mais é que instrumento de campanhas eleitorais propiciadas para um legislador que se encontra de prontidão para criação de normas penais incriminadoras mais severas quando a sociedade se levanta contra um fato de importante relevância, ressaltado pelas mídias de massa através de posicionamentos sem o menor contexto jurídico o que faz com que desperte o clamor social por justiça e gere sentimento de insegurança com as normas vigentes.

A criação de tais normas se dá apenas para realizar a satisfação social e não para efetivamente combater a criminalidade, fatos notados no momento de aplicação da mesma que se torna de difícil concretização por falta de estruturas dos órgãos que efetivamente irão trabalhar no combate à criminalidade, ou até mesmo por se tratar de norma vaga sem contexto ou de difícil compreensão, mas o importante é que existe e dá ao cidadão esta falsa percepção de segurança, acalmando seus anseios por segurança.

De tal forma a função simbólica pode ser caracterizada como o contraposto entre o que deve gerar no mundo real e o que efetivamente gera, e isto pode ser notado nas inúmeras leis vigentes em desuso pelo poder punitivo estatal, seja por falta de estrutura no momento de sua aplicação ou seja pela norma complexa e

abstrata para interpretação, muitas vezes criadas sem os fundamentos necessários e isto quer dizer sem o acompanhamento de pessoas capacitadas e especializadas nas políticas criminais do país, políticas que surgem no intuito de aprimorar o direito penal e coibir o cometimento de crimes de forma preventiva ou ainda dar uma justa sanção a infração cometida.

2.2 Contribuição Midiática

Neste ponto se faz de importante relevância ressaltar que as leis criadas têm por escopo a satisfação social ansiada pela população, ou seja, resolver seus desejos provocados pelo descontentamento com determinadas condutas ou ainda com leis que não cumprem com seu objetivo que é garantir a segurança do bem jurídico tutelado.

Assim a mídia como propulsora de informações e com a grande expansão global que obteve ao longo do tempo propiciado pelo impulso tecnológico do século, nos tempos atuais atinge uma grande massa social, é de difícil localização hoje pessoas que não tenham acesso a informações propagadas pela grande mídia, ainda mais pelo espaço atingido pelas redes de comunicação na internet principalmente depois de uma pandemia mundial que atingiu a população global, afastando ainda mais as pessoas do convívio social e as aproximando da rede mundial de computadores que tem grande relevância e influência na vida privada e na formação da convicção da população, pois há uma grande quantidade de informação disponibilizada nessas redes, em que o cidadão pode escolher o que consumir, ou pelo menos da essa falsa percepção, uma vez que a venda de informações é feita sempre para atrair o maior número de telespectadores.

As informações são sempre propagadas no intuito de atrair o máximo possível de consumidores, exemplo clássico se dá na ênfase a determinados casos que podem gerar comoção social e evitar a propagação de notícias que podem gerar desagrado nas pessoas.

Com a globalização e o desenvolvimento da rede mundial de computadores (internet) notadamente é de difícil localização pessoas que não tem acesso aos

meios de comunicação principalmente aqueles feitos para alcançar as grandes massas como TV, rádio, Jornal, etc., esses meios hoje podem ser considerados grandes formadores de opinião através da exposição de casos públicos de grande repercussão de forma sensacionalista, no intuito de causar a revolta das grandes massas e vender cada vez mais manchetes, há um afastamento da empatia humana, não se tem mais necessidade de informar as pessoas, somente a superficialidade do consumo voltado para a venda de notícias, não importa os efeitos que irá gerar na sociedade.

Tal estrutura tem o poder de gerar nas grandes massas influenciáveis o sentimento de impunidade para determinados crimes levando os mesmos a forçar o legislativo para criar novas leis ou garantir uma maior pena para os já existentes, visando assim sua segurança e a de toda a comunidade, o que acarreta perda de direitos e garantias a quais foram difíceis de conquistar ao longo da construção social de um Estado Democrático de Direito que assegura inclusive a liberdade de expressão.

Assim denota-se que com a propagação desenfreada das informações deve se levar em conta que embora seja direito constitucional previsto no artigo 5º, XI, a liberdade de expressão que é pressuposto para a construção de uma democracia uma vez que tem o condão e a estrutura para realizar a fiscalização dos órgãos de poder político, e deixar a população ciente das atitudes governamentais para que possa se levantar e cobrar os dirigentes políticos a governar para a população, algo que Gomes, Marcus Alan elenca como fundamento precípuo das mídias que foram calcadas no ideal iluminista, modelada no intuito de fiscalizar o poder político suprimindo seus arbítrios para como o povo.

Porém esta premissa não merece prosperar em absoluto, visto que independente de qual direito esteja sendo levado a cunho pode ser relativizado quando colocado em contraponto com outro, faz se nesse caso o juízo de ponderação com os outros direitos, mostrando ser de menor importância a liberdade de expressão em virtude de mais possibilidades de brechas para sua relativização, outros direitos como o direito à vida privada e a intimidade que são direitos individuais e merecem maior tutela frente a liberdade de expressão, que também deve ser protegida, mas não em absoluto, uma vez que também tem previsão na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

(BRASIL, 1988)

Exemplo clássico da violação de direitos individuais provocadas pela mídia é a exposição da família de condenado por crime de repercussão geral fazendo com que os mesmos venham a ser perseguidos pela população na sua vida privada relevante violação da vida privada e também de princípio da norma penal e protegido constitucionalmente, mais especificamente o princípio da personalidade do qual a pena não passará da pessoa do condenado, a família em nada tem a ver com os crimes cometidos pelo agente, não deveria nem sequer ter sua vida citada, também os presos e condenados que não conseguem continuar com sua vida normalmente sem que venham a ser novamente citados pela mídia reacendendo na população o anseio por justiça, fato que denota que mesmo cumprida a pena determinados casos o culpado não poderá ver sua situação voltar ao status quo da condenação, isto é, não consegue este seguir com sua vida no anonimato, visto que já cumpriu com o devido a sociedade e ao sistema de justiça.

Noutro ponto sempre foi de extrema importância para a sociedade a existência dos meios de comunicação de massa, a mídia pode ser entendida até mesmo como determinante na visão de mundo que a maioria das pessoas tem, sua influência no dia a dia das pessoas, pode impor comportamentos ou expor comportamentos que não devem ser seguidos persuadindo as pessoas sobre qual atitude devem tomar e ter para viver em sociedade, desta maneira a mídia pode ser entendida como mecanismo de controle social informal, estudado na criminologia como um conjunto de regras e sanções que buscam submeter o indivíduo as normas politicamente aceitas de convivência social, neste caso a mídia é o mecanismo utilizado para formar o caráter social do indivíduo, juntamente com outros mecanismos informais como as igrejas, as escolas, que juntamente tem condão para determinar de forma indireta qual caminho o indivíduo deve seguir para ser aceito na sociedade.

A mídia é ainda utilizada como meio de propagação e publicidade de fatos de relevância social, levantando este discurso nos meios sociais, para cientificar as pessoas do que ocorre no mundo real, visando que o coletivo tome partido em determinadas discussões e determine os rumos da sociedade, mediante a solicitação de criação de regramentos Cesare Beccari, já ressaltava a importância que a imprensa tinha para elencar o conhecimento das leis e dos fatos as pessoas:

Vê-se por aí, igualmente, a utilidade da imprensa, que pode, só ela, tornar todo o público, e não alguns particulares, depositário do Código Sagrado das Leis.
Foi a imprensa que dissipou esse tenebroso espírito de cabala e de intriga, que não pode suportar a luz e que finge desprezar as ciências, somente porque secretamente as teme.
(OLIVEIRA, 2019, p. 29)

Entretanto o que ocorre na atualidade é uma deturpação destes benefícios que a imprensa teria a trazer, talvez por ineficiência e falta de jornalistas técnicos e especializados para elaboração de noticiários que respeitem as Leis e os direitos individuais ou ainda pela vontade absurda de vender manchetes sensacionalistas, e agora com a propagação dos meios digitais conseguir likes, não há o cuidado com o indivíduo e sua intimidade, sempre sob o pretexto de informar, e quando são freados com o argumento de estarem sofrendo censura, algo que de fato pode ocorrer, mas a linha entre o que é censura e o que é preservação de direitos individuais é bem tênue e deve ser analisada com o máximo cuidado necessário, porém se torna imperioso entender mais sobre como a mídia passa de importante ferramenta de auxílio ao povo a uma empresa interessada apenas em vender seus produtos totalmente desvinculada de fundamentos.

A primeira constatação de que a mídia era uma importante ferramenta de propagação de consumo se dá com as escolas de Frankfurt no início do século XX, mediante as mudanças políticas e sociológicas na Alemanha, em que pensadores associavam o controle estabelecido pelo nazismo a industrialização da cultura manipulada pelo controle nazista, essa industrialização nada mais é do que parar de olhar para a cultura como expressão de arte do ser humano e passar a ter uma visão de produto a ser consumido.

A expressão indústria cultural ilustra uma experiência histórica: o fato de a cultura ter deixado de expressar a natureza humana, a sensibilidade e as perspectivas do homem em relação à vida e ao mundo, manifestadas esteticamente pela arte, para se destinar em um produto destinado ao consumo da massa, com a finalidade de obtenção de lucro, segundo a lógica capitalista.

(GOMES, 2015, p. 26)

A partir do momento em que a cultura passa a ser mercantilizada seguindo os passos do capitalismo com a produções totalmente engessadas e dirigidas ao fim de comércio ela segue um padrão sem mais liberdade de criação, é acomodada a realidade em que é situada, pois isto facilita o consumo, fato inerente a industrialização que prescinde de unicidade igualitária, deste passo em diante não há mais abertura para criação e forma diferente de produção tudo se torna mais do mesmo, neste momento é necessário ressaltar que ao passo em que a cultura é mercantilizada seguindo os passos do capitalismo vigora apenas o interesse comercial sem a menor preocupação com o indivíduo que recebe aquele conteúdo, não resta mais os valores relacionados a humanidade, o objeto que se almeja atingir sendo o telespectador do produto não passa de um consumidor.

Dois grandes estudiosos deste fenômeno a época notaram o poder que a mídia tinha sobre seus público alvo como bem informado:

Adorno e Horkheimer identificaram na indústria cultural instrumentos de elaboração de uma estética particular, própria, que se valia do artístico não para revelar a realidade, mas, ao contrário, para esconder o controle ideológico que pauta as relações entre as classes sociais.
(GOMES, 2015, p. 26):

Neste sentido a mídia já mostra o seu lado voltado ao grande controle das massas que são seu público alvo na propagação de notícias. O mecanismos utilizados pelas mídias globalizadas e dominadas pelo capitalismo podem ser notadas na capacidade de transformação do produto destinado as massas em algo interessante, distraindo a atenção do público consumidor do que realmente interessa para que o mesmo não desenvolva um raciocino crítico sobre o que está realmente ocorrendo no mundo dos fatos, trata-se de uma distração das massas, para que as mesmas pensem o que as indústrias querem que elas pensem, e ajam conforme a conduta estipulada e determinada por ela a mídia.

Até os meios de lazer que são vivenciados pela sociedade massiva tratam da extensão desse domínio midiático que busca a manipulação de seu público, tudo estrategicamente pensado para direcionar as massas para o consumo de matérias, sem dar o enfoque as reais necessidades coletivas, bem como sem demonstrar a menor preocupação social com os efeitos que podem ser gerados pelo que está sendo vendido, como as supressões de direitos que ocorrerão no poder legislativo.

2.3 Um Legislativo Ineficaz

É fato que as instituições têm suas falhas de funcionamento, não funcionam como deveriam em determinadas situações com algumas usurpações de poder e omissões, embora as três esferas de poder quais sejam, legislativo, executivo e judiciário, possam exercer suas funções típicas e atípicas conforme estabelecido na Constituição Federal pelo constituinte, visando a proteção dos direitos assegurados pela carta magna.

Entretanto uma das maiores falhas destas instituições é notada quanto ao legislativo na função típica de legislar, por deixar a desejar na elaboração de leis, seja pela ausência, notada nas normas de eficácia limitada que deveriam ter sido criadas em virtude de ordem constitucional, pois o mero texto da carta magna por si só não possuem efetividade no mundo real, porém são plenamente capazes e geram efeitos na sociedade, só dependem de norma que regulamente sua aplicação para toda a sociedade nos mais diversos e variados assuntos elencados na constituição Federal e que possuem tal prerrogativa, a falha pode ainda estar presente no que condiz a satisfazer os anseios mais discutidos da atualidade na sociedade, como, aborto e drogas, que ainda não tiveram leis tratando do assunto pois são polêmicos e poderiam ocasionar a perda de votos por parte da população.

O legislativo pode ser ineficaz ainda quando da criação de leis desnecessárias que tratam do mesmo assunto objeto de outras leis que já estão em vigor, mas na verdade não são colocadas em prática. Essa ausência de efetivação causa nas pessoas sensação de impunidade e provoca o desejo por maior punição gerando criação de novas normas jurídicas, pois a sociedade cobra do legislativo a punição a efetivação de seu direito que na verdade já existe, e o legislativo como ineficaz apenas para satisfação social cria novo regramento sem necessidade gerando um ciclo vicioso e improdutivo para o contexto jurídico.

Tão somente são criadas normas para causar nas pessoas a impressão de que os problemas sociais e de segurança serão resolvidos, dar a população a falsa percepção de que o sistema legislativo funciona e que tem poder para solucionar os problemas enfrentados pela sociedade, contudo os problemas não solucionados pelo legislativo geram efeitos nas outras instituições, uma vez que com a falta de

regramentos eficazes ou em alguns casos a inexistência do mesmo acaba por restar um problema para outro poder institucional resolver, que na maior parte das vezes é o judiciário.

Esta solução pode se dar não somente pelas ações constitucionais como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) expressa no artigo 103 parágrafo 2º da CF/88, em que provoca o judiciário para que acione o poder legislativo implicando na elaboração da norma faltante, ou ainda por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) artigos 102, I, a, e 103 da C da CF/88, dando poder ao judiciário para julgar determinada norma como contrária ao exposto pela Legislação Superior, ainda há a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) que declara uma Lei constitucional quando houver sobre ela dúvida plausível ou ainda discussões sobre a sua aplicabilidade quando se encontrar em dissonância contra a norma superior.

Mesmo que tais ações tenham previsão expressa na Constituição e isto de certa maneira seja um respaldo do constituinte já imaginando a omissão do legislador, mostrando que as instituições têm um plano de funcionamento exímio que deveria funcionar perfeitamente, uma vez que a distribuição de funções típicas e atípicas torna perfeito o funcionamento da Teoria dos Freios e Contrapesos, elaborada por Montesquieu na obra *O espírito das Leis*, e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, as funções atípicas não são feitas para serem usadas como se típicas fossem, ou seja, não é característica do judiciário legislar, criar leis é de obrigação do legislativo, certo que algumas falhas são compreensíveis e o judiciário poderia agir nestes casos.

Porém o acionamento constante do mesmo faz aflorar o Ativismo Judicial como a maneira mais clara de usurpação de um poder, algo cada vez mais presente no judiciário, também há a consequência da judicialização da política onde os casos políticos tem sido cada vez mais discutidos no judiciário exemplo do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, que versavam sobre a não possibilidade de prisão em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em Julgado de decisão condenatória.

Neste ponto Boaventura é claro quando explica claramente a os efeitos da judicialização da política bem como o porquê de sua atuação:

A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política o judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender as demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo a politização do judiciário.
(SANTOS, 2007, pag. 18)

Tal politização do judiciário traga por Boaventura trata da utilização do poder judiciário cada vez mais como poder político do que necessariamente um poder jurídico como deveria ser, isto se dá pela ausência do legislativo em tratar das questões sociais emergentes, fazendo com que as pessoas procurem cada vez mais o judiciário visto os seus mecanismos de ação para solucionar os problemas enfrentados.

Outro caso de grande relevância para a sociedade como um todo, foi no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 que reconheceu a legitimidade das uniões homoafetivas equiparando-as a União Estável julgamento que ocorreu em 2011 e até a presente data não encontra regulamentação por parte do poder legislativo, as uniões entre pessoas do mesmo sexo baseiam-se apenas nas decisões do judiciário.

Fato é que na ausência de um poder, qual seja o legislativo, há o preenchimento por meio de outro, neste caso o judiciário, entretanto conforme se dá maior autonomia a um poder, maior ele se torna frente aos outros, ocorrendo um desequilíbrio na estruturação do Estado garantidor, problema unicamente resolvido pela efetivação do legislativo frente a real necessidade da população, e não apenas a busca por votos da grande massa, elaborando leis sem aplicabilidade no uso exacerbado da função simbólica e por outro lado realizando um desserviço para a sociedade mediante a falta de regulamentação de pautas extremamente importantes e que são deixadas de lado, sem nem sequer serem discutidas mediante as polemicas envolvidas o que acarretaria a perda de alguns votos na sua elaboração.

3 PRINCÍPIOS

3.1 Princípio da Legalidade

Os princípios em si, tem demasiada importância para a estruturação de qualquer ordenamento legal, isto porque são normas dotadas de valores fundamentais, estabelecidos por determinada sociedade a qual são inseridos. Tais princípios podem estar positivados no código ou não, mas são colocados de modo geral com sentidos abstratos para a conduta ser seguida pelo aplicador da Lei, na sua grande maioria são norteadores da sociedade e necessários para a construção do Estado Democrático de Direito (VENOSA, 2021).

Para tanto os princípios são consagrados no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito brasileiro.

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Este não deve ser entendido apenas como conduta do juiz, mas de toda a sociedade no geral como se fosse regra de convivência para todos.
(BRASIL, 1942)

Para a concepção de Direito Penal um de seus princípios mais importantes é o da Legalidade, introduzido a partir do ano de 1215, mas que adquiriu grande força no Século XVIII com a influência do iluminismo e com objetivo de consagrar a segurança jurídica e controlar o Estado Arbitrário, algo já muito importante a época e defendido por grandes escritores como Cesare Beccaria, que defendia a elaboração de leis para que somente estas pudessem decretar as penas para os delitos cometidos, defendia ainda que tal poder deveria residir na pessoa do legislador por se tratar de representante do povo em virtude do contrato Social, que era defendido pela obra de Rousseau, mas a elaboração deste contrato pela sociedade possuía a prerrogativa de que fossem estabelecidas garantias contra o arbítrio do Estado.
(CAPEZ, 2022)

Outros movimentos posteriores acabaram por consagrar de vez tal princípio como, Declaração dos Direitos do Homem na França em 1789 e com a Teoria da Separação dos Poderes introduzida por Montesquieu a elaboração de tais Leis ficou a cargo definitivamente do legislativo.

Este princípio é tão importante que é estabelecido no artigo 1º do Código Penal qual seja, “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Isto dá ênfase ao momento da criação de Leis pelo legislativo, ou seja, determina que sem essa prévia criação de Leis pelo legislativo não é possível a condenação com imposição de sanções ao sujeito ativo do crime. Com a expressão em latim “nullum crimem, nulla poena sine preavia lege”, encontra amparo na Constituição Federal, Artigo 5º, XXXIX, e equivale para muitos doutrinadores como princípio da Reserva Legal, mas nada mais é que um desdobramento do Princípio da Legalidade e da Anterioridade da Lei Penal:

[...] o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação).
(CAPEZ, 2022, p. 40)

Tal princípio pode ser entendido como a verdadeira limitação do *ius puniendi* do Estado Soberano, evitando arbítrios na punição dos infratores e demonstrando a necessidade de uma lei prévia para que se possa usar a mão pesada do Estado, neste ponto, “O princípio estabelece que a lei é a única fonte de criação normativa de delitos e é ele que se vincula absolutamente o direito a sanção penal” (TORRES, 2018, pag. 104). Importante notar mais uma vez a responsabilidade do legislador na criação de normas uma vez que é imperativo sua existência antes da conduta delituosa para que haja punição, está que deve estar dentro das linhas do Estado Democrático de Direito estabelecidos na Carta Magna como Direito Fundamental do Homem.

Este desdobramento garantista enraizado no direito penal trata-se de uma validação a liberdade do indivíduo que só poderá ser punido ou ter seu direito de locomoção cerceado por prévia estipulação legal, assim cumpre-se que a proteção do convívio social, desde que respeitadas as leis vigentes, é garantido pelo direito penal.

3.2 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

Conforme estabelecido os princípios são de grande importância para o direito, não só penal, mas para a sociedade como um todo, neste sentido os princípios determinados como fundamentos básicos da sociedade e de um Estado Democrático de Direito, consagrados pela constituição Federal de 1988 devem ter uma atenção especial no momento de elaboração de qualquer lei que seja, uma vez que a infração deste instrumento pode gerar danos irreparáveis ao membro da sociedade que teve seu direito violado.

Outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito está estruturado também como fundamento do estado, no artigo 1º, III da Constituição Federal, bem como está presente em vários tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, como o Tratado de Direitos Humanos da Costa Rica recebido com status de norma Supralegal e a Convenção Sobre os Direitos da Criança recebido com status de norma supralegal. Isto mostra qual a importância da observação dele na elaboração de Leis no País, que serão aplicadas no contexto da sociedade com efeito *erga omnes*.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem contexto histórico amplo mediante todos os arbítrios cometidos pelo Estado Soberano ao longo dos séculos, tais como escravidão, guerras que foram marcos históricos na sociedade pela brutalidade e usurpação de direitos individuais, tal princípio surge como elemento essencial de proteção individual e coletivo de todos os grupos formados na sociedade. Impregnado dos valores introduzidos pelo liberalismo, torna o objetivo do direito em si, assegurar os direitos individuais com ênfase na defesa do homem como ser humano digno de direitos, este princípio trata da proteção do indivíduo nas mais diversas formas, como por exemplo, a vedação de tratamento degradante a qualquer pessoa.

Tal princípio encontra proteção ainda nos julgamentos já proferidos pelos tribunais superiores bem apresentado na Sumula 11 do Supremo Tribunal Federal (STF), pois ter o direito de não ser algemado quando não ofereça risco a ninguém, é uma garantia de que a dignidade do preso vai ser preservada para que o mesmo não sofra qualquer constrangimento físico:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e

de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.
(SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

Ou ainda por meio de outras ações como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), mais especificamente a de número 54 onde o judiciário em sua função atípica cumpriu o dever do Legislativo, autorizando o aborto quando confirmado que o bebê é anencefálico o que fere a Dignidade da Pessoa Humana, pois a mãe ser obrigada a levar uma gravidez por 09 (nove) meses e depois no momento de o nascimento vê-lo morrer devido à ausência de cérebro afeta a sua dignidade humana:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.
(ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Superior Tribunal Federal, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

Este Princípio é de extrema importância para a aplicação do direito, mas de difícil conceituação, Dignidade Humana, pode ser entendida como na Sumula explicitada, ou na preservação de uma pessoa a não gerar um feto do qual sabe que não sobreviverá ou ainda pode ser entendido como ter garantias básicas dentro de um estabelecimento prisional, como garante a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), entre outras inúmeras vertentes do Princípio.

Importante salientar que a Dignidade da Pessoa Humana embora não esteja consagrado como Direito Fundamental pode ser entendido como tal, principalmente por fazer parte dos fundamentos do Estado, de forma que é plenamente compreensível que a garantia e efetivação deste princípio está na proteção de todos os outros direitos garantidos constitucionalmente, direitos individuais, coletivos e sociais.

É certo que a elaboração de leis sem o menor cuidado e a menor técnica, ou seja, a lei elaborada sem ser por um especialista ou um estudioso na área das políticas criminais, pode acarretar sim a inobservância deste princípio que é de suma importância para o direito, e gerar ainda a revitalização do sujeito passivo do crime, qual seja esta, a vítima em si, que uma vez já tendo seus direitos e garantias

violados pelo sujeito ativo do crime, volta ao status de vítima quando não encontra no sistema de justiça punição pela lesão de seu bem jurídico que deveria ter sido tutelado pelo Estado, ou ainda quando não encontra a devida preservação das garantias mínimas que deveriam ser levadas a sua preservação pelo garantidor de tais direitos.

Isto rompe com a relação jurídica ético-jurídica criada com o Estado uma vez que a pessoa cria uma sensação de impunidade com relação a eficácia das instituições, acreditando que as leis são ineficazes e aumentando a súplica por uma maior penalização do sujeito ativo, ou ainda em grande parte das situações nem sequer busque a efetivação de seus direitos.

Neste mesmo sentido o sujeito ativo do crime também encontra seus percalços, uma vez que esse ainda tem mais direitos suprimidos pelo Estado e seus agentes, como condições mínimas nos presídios, direitos fundamentais violados, entre inúmeras barbáries que acontecem sob o pretexto de acabar com a violência constituindo ainda mais violência sob o manto do Estado garantidor.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana não foi elaborado muito menos estabelecido como fundamento do Estado apenas para fins de status, visando o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, ele deve ser observado nas mais diversas formas de violações de Dignidade do Homem, e isto pode ser entendido no direito, desde a violação de uma garantia processual, até a não efetivação de um direito estabelecido por uma Lei, uma vez que a sua existência no ordenamento jurídico dá ao seu titular a prerrogativa de usá-lo independente da condição ofertada pelos aplicadores do direito e pelo sistema judiciário, no entanto na maioria das vezes o que ocorre é a violação desta prerrogativa, pois a mera condição de estar positivada no código não torna a lei passível de ser aplicada, uma vez que as condições ofertadas não tornam sua efetivação possível, e mais uma vez o sujeito passivo se torna vítima e tem que visualizar seus direitos serem suprimidos.

3.3 Princípios em proteção do menor

Notadamente, as crianças e adolescentes são tidas como seres humanos em desenvolvimento, qual seja, ainda não adquiriram o desenvolvimento psíquico, emocional e físico completo, motivo pelo qual a Constituição Federal tida como garantidora da dignidade da pessoa humana estabeleceu uma proteção especial para esta parte da sociedade deixando expresso no texto constitucional:

Art. 227. 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]
(BRASIL, 1988)

Para tanto estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente a proteção garantida vai até 18 (dezoito) anos, tidos estes como adolescentes, entretanto em casos especiais pode abarcar os que ainda não tem 21 (vinte e um) anos, no mais, são consideradas crianças aquelas cuja idade é de até 12 (doze) anos incompletos (art. 2º da Lei 8.069/1990).

Esta proteção se faz por intermédio de princípios que estabelecem direitos fundamentais, bem como a garantia na busca da construção de uma sociedade igualitária e que almeja o pleno desenvolvimento desta parte mais vulnerável da sociedade como um todo. Para assegurar tais direitos e garantir o pleno desenvolvimento dos menores tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que surgiu como a efetivação jurídica da norma constitucional estabelecendo ao longo de seus artigos a proteção integral de direitos fundamentais às crianças e adolescentes os tornando sujeitos e detentores de direitos e não mais meros objetos dentro do mundo jurídico, sendo a proteção integral um dos princípios basilares do direito infanto-juvenil.

O referido princípio garante as crianças e adolescentes o exercício de direitos fundamentais dos quais embora sejam os detentores não podem exercê-los, pois ainda não possuem capacidade para fazê-lo sozinhos, de forma que se torna imperioso que outros membros e entes da sociedade como um todo, isto é, família, Estado, sociedade entre outros, tenham a obrigação de resguardar e garantir tais direitos para o momento em que os menores se tornem capazes suficientemente para exercê-los por si próprios, isto é, para quando atingirem o pleno desenvolvimento.

O princípio supracitado é preenchido por outros três princípios estabelecidos na Carta Magna (art. 227 § 3º, V), que abrangem apenas o adolescente infrator como proteção deste nas medidas que privem a sua liberdade, tais princípios não possuem o condão de nortear o direito da criança e do adolescente, mas sim de protegê-los. (NUCCI, 2020)

O primeiro trata da excepcionalidade, isto porque como ocorre em todos os casos de constrição da liberdade no processo penal, vigora a presunção de inocência, de maneira que o acusado somente poderá ter sua liberdade restringida em último caso, assim qualquer medida que prive a pessoa da liberdade deve ser excepcional, neste caso o menor por ter uma condição especial de pessoa em formação somente poderá ter seu direito de liberdade cerceado em último caso, vigorando o princípio da excepcionalidade.

O segundo princípio a ser tratado, se refere ao da brevidade, que nada mais é que a duração razoável do processo, tido no processo penal, porém este deve ser o mais célere possível, e abrange tanto a decisão de internação como a medida cautelar, de forma que a constrição da liberdade do menor infrator não pode durar muito tempo.

E por último como subprincípio da proteção integral, se tem a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, que é norteadora dos outros dois, uma vez que se entende que por tratar-se de um ser em desenvolvimento, a privação da liberdade pode afetar gravemente o desenvolvimento do indivíduo, afetando a formação da sua personalidade.

Outro princípio tido como basilar da proteção do menor é o Princípio da prioridade absoluta ou do superior interesse, com respaldo jurídico tanto na Constituição Federal (art. 227) como no ECA (art. 4º, § único), nestes institutos o menor não é apenas detentor de direitos, mas é o primado para a aplicação legislativa. Desta feita qualquer ação da sociedade, do poder público ou no momento de efetivação das ações públicas deve ter como prioridade as crianças e adolescentes, denota-se que o rol presente no supracitado artigo é apenas exemplificativo e deve ser estendido para todas as demais ações que envolvam crianças e adolescentes, tendo estes preferência em toda e qualquer ação.

Todos temos direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em primeiríssimo lugar (seria em primeiro lugar, fosse apenas prioridade; porém, a absoluta prioridade é uma ênfase), em todos os aspectos. Precisam ser o foco principal do Poder Executivo na destinação de verbas para o amparo à família e ao menor em situação vulnerável; precisam das leis votadas com prioridade total, em seu benefício; precisam de processos céleres e juízes comprometidos.

(NUCCI. 2020, p. 24):

Este princípio visa garantir a isonomia dos sujeitos de direitos da sociedade, sendo que a criança e o adolescente são vulneráveis e por isso merecem maior proteção estatal, de forma que quando os trata com absoluta prioridade perante os outros membros da sociedade o Estado tenta dirimir as desigualdades de uns com outros garantindo o direito de igualdade que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

O superior interesse do menor é tido como o princípio mais importante do direito infanto-juvenil, isto porque a sua aplicação é extensa e interpretativa e pode ser usada tanto na adoção de medidas públicas como em tomadas de decisões judiciais, buscando sempre colocar o menor como prioridade e atender as suas maiores necessidades para que possa ter um desenvolvimento completo no curso de sua infância e adolescência.

Deste se extrai que na elaboração de leis a sua observação é imprescindível para uma completa garantia e proteção do menor, sendo que o legislador ao criar qualquer regramento ligado as crianças e adolescentes deve observar o que vai ser melhor para estes sujeitos, de forma que nada que venha a ser implementado no ordenamento jurídico, suprima direitos ou inclua violações aos já conquistados ao longo do tempo.

Para isto alguns doutrinadores implementam outro princípio chamado de Participação Popular, onde elenca como possível a participação da sociedade como um todo na implementação de políticas públicas, bem como na sua gestão e tomadas de decisões que envolvam os direitos infanto-juvenis, no mesmo sentido dá a população o poder de escolha dos membros dos órgãos responsáveis pelas políticas de proteção do direitos das crianças e adolescentes, bem como seu atendimento, em órgãos como o Conselho Tutelar, ou o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), entre outros, este princípio garante a sociedade poder de participação na proteção do pleno desenvolvimento dos menores, conferindo a participação democrática para um tema de relevante importância na construção de

uma sociedade igualitária. Entretanto há discordância na doutrina quanto a este princípio:

A participação popular na área da infância e juventude é um predicado do sistema legislativo, mas não um princípio a orientar a interpretação de normas ordinárias. Da mesma forma que se conclama a sociedade a colaborar, diretamente, no processo de execução da pena (Conselho da Comunidade, Patronato etc.) – e jamais foi considerado um princípio do Direito de Execução Penal –, incita-se a comunidade a participar dos problemas vividos pelas crianças e adolescentes. Uma regra importante, mas não um princípio.
(NUCCI, 2020 p. 30)

Nota-se que embora não seja tido como princípio para alguns doutrinadores, ainda assim este regramento serve como basilar da elaboração de medidas visando o bem estar dos menores, sendo imperioso a participação da comunidade no desenvolvimento desta parcela de cidadãos, que ainda não se desenvolveram plenamente sendo incapazes de exercer certos atos e direitos sozinhos.

4 LEI DE PROTEÇÃO A CRIANÇA VITIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA

4.1 Lei do depoimento especial

Importante mudança legislativa introduzida no ordenamento jurídico a Lei 13.431/2017 (Lei do Depoimento Especial), alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente implementando mecanismos e procedimentos para a tomada de depoimentos, das vítimas e testemunhas desta parte vulnerável da sociedade, buscando evitar a chamada violência institucional que é praticada pelas instituições e podem causar a revitimização da criança ou adolescente, quando obrigado a prestar diversos depoimentos sobre o mesmo fato delituoso no curso da instrução penal.

Previsto no texto da lei há duas possíveis formas de ouvir a criança ou adolescente em depoimento, sendo a primeira a escuta especializada (art. 7º da Lei 13.431/2017) que é realizada pelas instituições de proteção, como conselhos tutelares, profissionais da assistência social, profissionais da rede de educação entre outras e serve para apurar uma possível situação de violência a que a criança ou adolescente foi submetido, tendo como foco a proteção e o zelo com a vítima.

Já a segunda forma de ouvir é através do depoimento especial (art. 8º da Lei 13.431/2017), este já é perante a autoridade judicial ou policial e deve ser conduzida por profissional especializado, o depoimento será gravado em áudio e vídeo, com especificações dos direitos a que tem o depoente, bem como com a preservação da sua privacidade e intimidade, a lei ainda fornece políticas de atendimento, bem como estabelece direitos e garantias aos infanto-juvenis, buscando minimizar o máximo possível o dano secundário à criança e o adolescente.

Tais danos elencados eram causados anteriormente pelos procedimentos de oitiva de depoimentos, pelas regras processuais e suas formalidades, ou até mesmo pelo despreparo dos agentes do Estado em realizar a oitiva fazendo perguntas por vezes culpando a vítima pelo ocorrido, ou a induzindo a dar a resposta que se desejava ouvir, ocasionando em grande parte das vezes a impunidade dos agentes

delinquentes, pelo silêncio da vítima em não querer novamente relatar a violência sofrida, principalmente nos caso de violência sexual.

A modalidade de oitiva especial foi introduzida na realidade brasileira antes mesmo do advento da lei, pelo então juiz de direito a época José Antonio Daltoé Cezar, e atualmente Desembargador de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o magistrado vendo constantemente casos de revitimização ocorridas no judiciário, procurou formas de reduzir os danos sem que isto pudesse interferir no curso da ação, e buscou modelos para essa implementação sendo que no Brasil a prática não era fomentada, foi então que teve conhecimento de um livro que tratava da oitiva especializada contendo diversos modelos usados em outros países, e decidiu por implementar a oitiva através da videoconferência. (SCHMIDT, 2020)

Após a atitude do magistrado outros desafios surgiram como a compra de material e profissional capacitado para a atividade. Superados tais desafios a primeira audiência nesta modalidade ocorreu em 2003, e surtiu efeito, sendo propagada aos poucos pelo sistema judiciário especificamente no Sul. (SCHMIDT, 2020)

Entretanto os desafios não terminaram e novamente problemas surgiram como os profissionais que realizariam as oitivas, uma vez que estavam sendo realizadas pelos assistentes sociais e psicólogos do judiciário, sendo que os Conselhos Federais se mostraram contrários a esta prática por esses profissionais editando a Resolução 554 de 2009 pelo Conselho Federal do Serviço Social, e a Resolução 10 de 2010 pelo Conselho Federal de Psicologia, ambos contrários a atividade dos profissionais em oitivas de menores dentro do judiciário sob pena de responsabilidade ética disciplinar. Para a solução do problema foi necessário que o TJ/RS ajuizasse ações na justiça Federal para suspender as Resoluções, sendo julgadas procedentes apenas com efeito no Rio Grande do Sul, somente em 2012 em ação civil pública proposta pelo MPF é que a suspensão foi em âmbito nacional. (SCHMIDT, 2020)

Mesmo com todos os desafios enfrentados a prática no judiciário já havia sido difundida e possuía cada vez mais força, embora ainda não possuísse nenhuma regulamentação normativa que protegesse e direcionasse a aplicação. Em 2010 o

CNJ editou a Recomendação nº 33 que incentivava a criação de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes testemunhas ou vítimas nos processos judiciais, dando ainda mais ênfase e impulso ao depoimento especial no judiciário.

Já o legislativo possuía Projeto para regulamentar o Depoimento Especial desde 2006, um projeto de lei que alterava o Código de Processo Penal de 1941, implementando um capítulo que disporia de como seria realizada a oitiva dos menores, entretanto após aprovação na câmara dos deputados o projeto parou no Senado Federal, que, constatou após audiência pública ouvindo apoiadores e opositores que o projeto deveria fazer parte de um outro projeto de lei para um novo Código de Processo Penal, este segundo projeto foi aprovado e encaminhado a câmara dos deputados, permanecendo inerte por mais de 06 (seis) anos. (SCHMIDT, 2020)

Oportunidade em que novamente um grupo de deputados vendo que o projeto não caminhava, criou o Projeto de Lei nº 3.792/2015, este sim foi aprovado nas duas casas legislativas e deu origem a Lei 13.431/2017 denominada Lei do Depoimento Especial, regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018, visando aprimorar o sistema jurídico brasileiro e garantir os direitos das crianças e adolescentes, respeitando os princípios basilares da proteção integral e do superior interesse do menor. (SCHMIDT, 2020)

A novel Lei, é perfeita sob o aspecto teórico, respeita os direitos dos infantes, e abarca os princípios inerentes as crianças e adolescentes, em 2020 o CNJ lançou o protocolo brasileiro de entrevista forense de crianças e adolescentes, que deve ser seguido pelos profissionais que atuam no judiciário, contendo um método para a realização das oitivas visando facilitar a escuta obrigatória dos menores sem que estes sofram com a violência institucional quando não observada a Lei, bem como a nulidade do ato quando o depoimento não for realizado de forma adequada.

A grande dificuldade, entretanto, para o judiciário e para os órgão de proteção no cumprimento da legislação é a estrutura para a capitação dos depoimentos, primeiramente na apuração de uma possível prática de delito, a lei dispõe que a oitiva deverá ser realizada por órgãos de proteção a questão é a quantidade de profissionais disponíveis para realizar esta oitiva.

Numa escola por exemplo a regra é que tenha profissionais habilitados para acompanhamento e assessoramento dos alunos, como um psicólogo, tendo em vista que a capacitação de professores seria muito mais custosa para o estado, há de se pressupor então uma quantidade de profissionais suficiente para o atendimento, entretanto segundo dados do Censo Escolar realizado em 2022 há uma média de 24.434 profissionais para 47,4 milhões de alunos do ensino infantil (O Globo 2023). De acordo com estes dados:

A média nacional é de um psicólogo para cada 1.910 alunos. A região Norte, no entanto, tem o pior quadro. O estado do Acre tem um psicólogo escolar a cada 3.068 estudantes. Em Roraima, são 4.520 alunos para cada psicólogo.
(O GLOBO, 2023).

Se o intuito da legislação é coibir a violência institucional, garantir direitos e proteger as crianças e adolescentes, o mínimo são profissionais capacitados atuando para essa tarefa.

Outro ponto se estabelece dentro do próprio judiciário em sede policial para a colheita do depoimento especial, neste momento a prática delitiva já possui grandes indícios e a investigação se torna imprescindível para a apuração dos fatos, ocasião em que o depoimento especial deve ser a ferramenta utilizada para a colheita de informações da criança ou adolescente quer sendo vítima, quer sendo testemunha. Momento que se torna imperioso a oitiva por meio de videoconferência em uma sala especial, acolhedora com a presença apenas do profissional capacitado para este fim.

Entretanto os números mais uma vez são discrepantes, no estado de São Paulo por exemplo, com base nos dados da folha de pagamento do mês de janeiro de 2023 do Tribunal de Justiça, o judiciário do estado contava com apenas 708 psicólogos em situação ativa, isto para todo o estado que conta atualmente com 320 comarcas abrangendo 1.553 municípios. (Portal da Transparência TJSP, 2023).

No mais, só no primeiro trimestre de 2023 foram registradas 2.669 ocorrências de estupro de vulnerável que ocorre quando a vítima é menor de 14 (quatorze) anos (art. 217-A do Código Penal), (SSP/SP, 2023), isso sem levar em conta os outros tipos de crimes cometidos contra menores bem como estupro das vítimas maiores de 14 (quatorze) anos que não são especificadas nos dados da pesquisa.

Dados são irrefutáveis quando se trata de funcionamento, para tanto basta fazer um paralelo da quantidade de profissionais capacitados e da demanda social para atendimento que fica demonstrada uma imensa diferença entre os dois polos, de maneira que os dados apresentados são apenas uma amostragem de todo o sistema de justiça do País no que concerne a aplicação da Lei 13. 431/2017, principalmente quando o assunto é depoimento especial, levando em conta que o estado de São Paulo é considerado o maior tribunal do mundo pelo número de processos.

Ainda desta relação resta que a inobservância destes preceitos principalmente no que tange a violência institucional, conforme os dados elencados, é plenamente possível a responsabilização do Estado sem prejuízo da ação regressiva contra o servidor público que descumpriu as medidas elencadas em lei, pois a responsabilização civil serve como punição ao Estado e reparador para a vítima, mesmo que não seja capaz de modificar a relação de dano esta pelo menos tenta diminuir seus efeitos.

4.2 Lei Henry Borel

A Lei 14.344/2022, traz mecanismos para prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra criança e adolescente, tal lei surgiu após um importante caso midiático em que uma criança de 04 (quatro) anos de idade foi morta, figurando como principal suspeito do delito, o padrasto com anuência da mãe. Segundo dados do caso amplamente divulgado nos canais de informação, o garoto de nome Henry Borel foi levado até um hospital pelos suspeitos Jairo Souza Santos Júnior vereador, médico e padrasto do menor, Monique Medeiros, professora e mãe do menino, porque supostamente o garoto tinha sido encontrado desmaiado na casa, entretanto, o menino estava com parada cardiorrespiratória quando chegou ao hospital e não resistiu vindo a óbito.

Inicialmente o caso foi tratado como acidente, porém, após exames periciais ficou constatado que a criança possuía várias lesões inconsistentes com um simples

acidente e o caso passou a ser tratado como crime em que figurava como principal suspeito o padrasto com histórico de violência para com outras crianças.

O caso ganhou a mídia e o povo brasileiro, mas de forma totalmente negativa, o padrasto da criança era vereador e bem conhecido na cidade do Rio de Janeiro e tentou usar de sua influência no meio político para acelerar os tramites e tentar impedir que fosse descoberto as lesões na criança, motivo que fez aumentar ainda mais a indignação da população em virtude da sua condição, bem como pelo fato da criança possuir apenas 04 (quatro) anos de idade e sofrer agressões dentro do lar constantemente, segundo relatos e provas do caso que foram divulgados pela mídia, em resumo, o caso se tornou um dos mais comentados pela população e pelos veículos de comunicação.

O legislativo brasileiro vendo o caso e a comoção social que causou, elaborou o projeto de lei nº 1.360/2021 em resposta ao clamor da sociedade, visando coibir os casos de violência doméstica infantil, além de tornar homicídio contra menores de 14 (quatorze) anos qualificado, ou seja, insuscetível de anistia, graça, indulto e inafiançável.

Do projeto surge a lei 14.344/2022 que demarca como dia nacional de combate a violência doméstica e familiar contra criança e adolescente o dia 03 de maio (art. 27 da Lei 14.344/2022), data em que seria comemorado o aniversário do menino Henry como ficou conhecido. A já referida lei trata de um microsistema de proteção, ou seja, um conjunto de normas, regras e princípios, visando a proteção de parte mais vulnerável da sociedade, neste caso específico o público infante juvenil, a lei retira o foco da punição dos infratores e destaca a importância da proteção das vítimas, principalmente no núcleo familiar ou ao núcleo que se assemelha a tal, tendo em vista a grande importância que a família tem para o pleno desenvolvimento infantil.

A lei ainda prevê a integração de informações no que se refere aos dados coletados pelos órgãos envolvidos na proteção da criança ao adolescente, por meio de um Sistema de Garantia de Direitos, onde as informações coletadas serão compartilhadas, de tal maneira se torna imprescindível a observação da Lei 13.431/2017, que trata do depoimento e da oitiva especial, uma vez que todo o

interrogatório para apurar qualquer delito envolvendo menores vítimas ou testemunhas deve ser por intermédio da referida lei.

Outro ponto é a criação deste Sistema que deveria funcionar como uma integralização do judiciário, Secretarias de Segurança Pública, e de assistência social, Concelhos tutelares, comunidade escolar, entre outros, visando proteger e garantir os direitos dos infanto-juvenis, com aplicabilidade e promoção de políticas especializadas no combate a violência da criança e do adolescente, neste sentido, “A ausência de um adequado protocolo de compartilhamento de informações também é uma forma de revitimização por ineficiência do dever de proteção.” (CUNHA, 2022, p. 26).

Há ainda na referida lei um capítulo que trata do atendimento pela autoridade policial e estabelece as primeiras ações no atendimento da vítima bem como a medidas cabíveis a serem aplicadas, como as medidas protetivas ao caso concreto, o que torna mais uma vez imperioso a observação pela autoridade a lei 13.431/2017 quando for ouvir a vítima. O artigo 13 da Lei Henry Borel estabelece como um dever da autoridade policial sucessivamente:

Art. 13. No atendimento à criança e ao adolescente em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - Encaminhar a vítima ao Sistema Único de Saúde e ao Instituto Médico-Legal imediatamente;

II - Encaminhar a vítima, os familiares e as testemunhas, caso sejam crianças ou adolescentes, ao Conselho Tutelar para os encaminhamentos necessários, inclusive para a adoção das medidas protetivas adequadas;

III - garantir proteção policial, quando necessário, comunicados de imediato o Ministério Público e o Poder Judiciário;

IV - Fornecer transporte para a vítima e, quando necessário, para seu responsável ou acompanhante, para serviço de acolhimento existente ou local seguro, quando houver risco à vida.

(BRASIL, 2022)

Devendo ser observado no inciso II o necessário fluxo de comunicação entre órgãos, na busca da proteção dos menores. Há ainda a aplicação das medidas cautelares de afastamento do lar do agressor, nos casos em que é evidente o risco à vítima, podendo ser solicitada pelo Ministério Público, autoridade policial, conselho tutelar e pessoa em favor do menor, sendo preferencialmente aplicada por juiz da comarca, entretanto pode o delegado de polícia aplicar a medida quando o município não for sede de comarca, ou ainda policial quando o município não for sede de comarca e não houver delegado de polícia no momento, porém a medida

deve ser comunicada em até 24 (vinte e quatro) horas a autoridade judicial que deverá por igual prazo decidir se a medida será revogada ou mantida e cientificará o Ministério Público, salientando que o Conselho Tutelar pode representar a qualquer das autoridades referidas para que o agressor seja afastado do lar.

De importante consignação também era o fato trago pela lei do depoimento especial da produção antecipada de prova, que autoriza a autoridade policial e representar para ouvir a criança menor de 07 (sete) anos e as vítimas de abuso sexual pelo procedimento do depoimento especial, ocorre que a Lei Henry Borel, complementou a referida lei e agora não somente nos casos anteriormente autorizados, mas em qualquer caso de violência contra criança e adolescente em que a autoridade policial requisitar, ou que o Conselho Tutelar requerer, poderá ser realizado o depoimento especial em sede de antecipação de produção prova.

Outra vez uma lei perfeita sob o aspecto legal, e que garante a proteção da criança e do adolescente no viés da constituição, respeitando os princípios e colocando os menores como sujeito e detentores de direito, a grande dificuldade legislativa neste ponto entretanto, é a aplicação da oitiva especial como já referida, uma lei que em tese seria um grande avanço na construção de uma sociedade igualitária, porém não tem aplicabilidade para as vítimas no que tange a garantia de seus direitos estabelecidos na novel lei, pois não há integração entre as instituições e tão pouco profissionais capacitados e suficientes para ouvir as crianças vítimas da violência doméstica e familiar.

4.3 Atuação policial

Importante órgão responsável em sua grande parte por manter a ordem social e a segurança dos membros da sociedade, a polícia pode ser compreendida como a extensão da atividade estatal, que é a responsável por manter a ordem pública pós contrato social, garantindo os direitos individuais de todos os sujeitos da coletividade. Neste sentido, “A limitação e a regulação das atividades dos particulares, pessoas físicas e jurídicas, bem como o eventual uso da coação, são,

então, o cerne da atividade de polícia no sentido clássico de proteção da ordem jurídica.” (FILOCRE, 2017, p. 13)

Para tanto a polícia como extensão do Estado na sociedade, funciona como uma ferramenta dotada de força coercitiva para que os cidadãos cumpram com os regramentos preestabelecidos em normas jurídicas, visando a garantia da paz, da ordem e do desenvolvimento do coletivo. Assim fazendo uso da coação, qual seja, o temor das pessoas em sofrer reprimendas das quais a polícia é detentora de capacidade para aplicação, sejam elas psicológicas impostas pelo medo da sanção ou até mesmo físicas, diante da possibilidade de uso da força que este órgão possui, as pessoas acabam por cumprir com o que está previsto legalmente.

Entretanto a polícia não é somente uma ferramenta estatal dotada de poder coercitivo para que leis sejam cumpridas, e a ordem estabelecida. Ela também é garantidora, isto é, ferramenta que busca garantir através da força do Estado o mínimo de garantias e preservação de direitos individuais, isto porque, quando um direito é violado é a polícia que intervém, no intuito de sanar o problema para dirimir o máximo possível dos danos já causados, levando até o judiciário para que este sim aplique as normas pertinentes, estas que foram criadas pelo legislativo precipuamente, pois em virtude do princípio da legalidade ninguém poderá ser obrigado a fazer algo senão em virtude da lei esta que deve estar previamente estabelecida.

“A identificação de polícia à ideia de restrição e de poder de autoridade está associada à concepção de serviço público. Entretanto, é possível extrair do conceito de polícia um modo de atividade administrativa que materialmente se distingue das decisões judiciais e da atividade legislativa na medida em que a polícia tem a ver com a atuação da autoridade que pressupõe o exercício de um poder capaz de condicionar atividades alheias, garantindo tal poder pela coação, ou seja, por execução prévia”
(FILOCRE, 2017, p. 13)

Neste passo embora não se confunda, a atividade policial integra o núcleo do Estado Democrático de Direito como ferramenta de garantia, juntamente com a administração e com o judiciário. Destarte as policias de modo geral são integralmente órgãos do Estado em si, o que pressupõe a responsabilização estatal por falhas atribuídas aos agentes policiais. Entretanto o ser humano é falho, e o legislativo na busca de resguardar o Estado de possíveis responsabilizações futuras atribuiu aos agentes estatais sua parcela de punição para quando sua conduta extrapolar os limites aceitáveis de uso de coação na aplicação da lei, mas não

somente por isso, e sim principalmente o intuito primordial de evitar que o poder policial exercido por seus agentes seja arbitrário, e absoluto, sem qualquer tipo de restrição, tornando a polícia ao invés de garantidora da ordem social, usurpadora e infratora de direitos individuais, assim surge a Lei de abuso de Autoridade (Lei 13.869/19).

Importante mudança legislativa, como consagração de um Estado Democrático de Direito e uma Constituição cidadão pós Ditadura, a novel lei vem à tona estipulando quais os limites dos agentes estatais no exercício da atividade policial em abuso da autoridade a ele conferida pelo Estado, retirando de vigor legislações que tratavam do tema e estão há muito ultrapassadas, fazendo incidir a lei com mais rigor impondo medidas mais duras para quem se fizer romper com as normas pré-constituídas.

Já não é novidade no ordenamento jurídico que qualquer servidor público, seja ele policial ou não, pode sofrer as consequências cíveis de sua conduta no exercício da função, isto porque pode haver por parte do Estado ação de regresso contra o servidor que causou danos a terceiros. Entretanto a responsabilização criminal excetuando os crimes previstos no Código Penal do qual é dirigido a todos os servidores e em nada fala do abuso no exercício da atividade pela autoridade a ele conferida, é algo que passou a ser tratado com ênfase nos últimos anos em virtude de vários casos de abusos de agentes estatais principalmente policiais no exercício da função.

Para tanto a lei é categórica quando estipula no texto legal as condutas que constituem o delito em conteúdo:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

[...]

(BRASIL, 2019)

Assim o ordenamento prevê que o agente que cause o delito tenha uma finalidade específica elencando todas elas, sem que necessariamente seja de difícil definição tais finalidades, pois seu conteúdo é bem amplo e permite atingir as mais diversas condutas. Porém como trago, mero capricho pode ser conceituado como

uma vontade sem justificativa plausível, assim se houver a justificativa para a conduta o delito em tese deixa de existir.

Neste passo é importante salientar a violência institucional traga na referida lei integralmente no artigo 15 – A, que assim define:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - A situação de violência; ou

II - Outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

(BRASIL, 2022)

Neste diapasão é necessário fazer um paralelo com a já referida Lei do depoimento especial, e citar exemplos da realidade da prática policial.

Como elencado a escuta especializada bem como o depoimento especial, são regras de difícil aplicação da realidade em virtude da falta de estrutura proporcionada pelo Estado aos órgãos especiais. Assim necessário observar numa hipótese em que não há nenhum psicólogo ou profissional capacitado para realizar a escuta especializada de um menor que supostamente veio a sofrer abuso sexual por ato libidinoso diverso da conjunção carnal delito previsto no artigo 217 – A do Código Penal, denota-se que nem ao menos o laudo pericial ou atendimento médico pode afirmar se houve violência ou não, sem indícios suficientes da autoria recente do suposto infrator em que a única pessoa capaz depor é uma criança.

Neste caso hipotético, qual seria a melhor escolha possível? A autoridade policial vai contra o ordenamento jurídico e realiza a oitiva para poder afastar o menor de seu abusador, seja por intermédio de medidas protetivas, ou até mesmo da prisão em flagrante, já que o ocorrido é recente, e corre um grande risco de responder por abuso de autoridade com pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa, tendo em vista que sua atitude pode ser compreendida como um mero capricho, pois ele não tinha indícios de autoria suficiente, nem provas da materialidade, não existindo razões concretas suficientes para embasar a oitiva sem observância das regras legais.

Ou ainda pode o agente ir contra todo o ordenamento, na busca de cumprir com sua função de garantidor de direitos e da ordem social, buscando coibir as

condutas infratoras através da coação, realizar a oitiva do menor, sem qualquer respaldo jurídico para que possa afastar o abusador do lar e permitir a criança que esta venha a ter segurança para viver e se desenvolver ao longo do tempo.

Denota-se que para o agente a decisão não é muito obscura tendo em vista que a coação psicológica do medo da sanção está surtindo efeitos na sua vida assim como no de toda a sociedade, o principal afetado com todo o contexto sem sombra de dúvidas será a criança e o adolescente que sofre várias vezes e não é respeitado como sujeito de direitos, sofre com a violação primária pelo agente causador do delito, sofre com a violência institucional por ter que relatar o crime de que foi vítima para um profissional sem preparo adequado, o obrigando a relatar os fatos de maneira abrupta, ou induzindo com perguntas capciosas a ter entendimento diverso do ocorrido como se sentir culpado pelo ocorrido, mas principalmente ao final sofre a revitimização por ineficiência da aplicação de lei já existente que visa a sua proteção, que não proporciona as condições adequadas para sua aplicação.

CONCLUSÃO

Diante dos fatos narrados é possível observar quanto o direito penal é importante nas soluções conflituosas da sociedade, impondo aos seus membros as cautelas necessárias de como agir no âmbito social, e os regramentos que se deve seguir, ainda é possível notar que nas relações conflituosas este é chamado a interferir em último caso, por ser mais punitivo e um ramo do direito que só atua quando o bem jurídico tutelado é de extrema importância para o sujeito passivo, qual seja, aquele que foi lesado com a conduta delitiva, porém não está relacionado apenas a isto e sim principalmente a busca coletiva pela justiça, a sensação geral de que o ordenamento jurídico penal puni aqueles que não seguem as regras de convívio, o que traz grande segurança e confiabilidade para a aplicação de normas penais.

Seguindo esta linha é extremamente necessário que as informações que chegam ao legislativo por intermédio das mídias sociais sejam claras, uma vez que a democracia representativa que vigora no Brasil não pressupõe que a população de modo geral terá acesso ou irá querer buscar seus representantes para levar suas reivindicações, bem como o país possui território continental e nem sempre os problemas que assolam determinada região tem condão de modificar as leis por ausência de força populacional na busca de melhorias para as suas demandas.

Assim a mídia de modo amplo assume papel de extrema importância, pois em grande peso a população tem acesso a notícias veiculadas diariamente por meio dos jornais televisivos, redes sociais entre outros, entretanto esta mesma mídia faz um uso deturpado desse poder de modificação legislativa, e nem sempre leva os fatos na sua integralidade ao conhecimento e difusão por parte da sociedade, a propagação de notícias com cunho de modalizar a interpretação das pessoas, diariamente é colocada nas manchetes, que na maioria das vezes faz com que a população se revolte contra um fato e repita o que foi propagado pelas mídias de grande massa, sem que necessariamente aquilo seja condizente com a realidade dos fatos, pois em grande parte não tem conhecimento técnico empregado nas notícias.

Destarte as notícias depois de vinculadas e disseminadas a todas as pessoas, dependendo da forma se torna uma necessidade social, nem sempre realmente necessária, mas em sua maioria apenas uma manchete que vende e acaba com a sensação social de segurança e confiabilidade traga anteriormente pelo direito penal, oportunidade que se torna imperioso ao legislativo a implementação de novas regras jurídicas, mais punitivas e garantidoras, pois a população anseia por melhorias e mais segurança porque viu as notícias propagadas de grande aumento de violência ou até mesmo aquele caso isolado que ganhou espaço e disseminação.

Nesta ocasião entra em atuação o legislativo que tem por obrigação sanar as necessidades populacionais, criando leis para regular situações novas que surgiram com a evolução social, ou para preservar direito estabelecidos na Carta Magna ainda não regulados, bem como alterar leis já em vigor, que estão em desuso. Este de acordo com a situação demonstrada pelas mídias, que dão ênfase ao clamor social por mudanças legislativas, busca criar ou alterar novos regramentos tão somente para satisfazer estes anseios sociais, sem a menor preocupação dos efeitos que isto terá na sociedade real.

Para tanto neste ímpeto de satisfazer a sociedade para garantia de votos futuros o legislativo não se atenta as leis que realmente devem ser criadas e colocadas em vigor deixando as de lado, causando um desequilíbrio das instituições, pois a obrigação legislativa acaba sendo exercida por outros como o judiciário e o executivo. Ou ainda quando legisla sobre fato amplamente discutido na sociedade deixa de observar o quão danosa a nova lei pode ser, ao invés de benéfica, pois ausente conhecimento técnico na elaboração.

No mesmo passo é de extrema importância a observação dos princípios basilares do Estado Democrático de direito previsto na Constituição Federal de 1988 que é um marco histórico na sociedade brasileira, para a consumação de direitos fundamentais. O primeiro princípio entre vários a ser observado é o da Legalidade, como a verdadeira limitação do direito de punir do Estado que não é absoluto, para tanto qualquer pessoa só pode ser punida após a criação legislativa definindo aquele fato em lei como delituoso e passível de punição estatal.

Noutro ponto ainda mais importante é o princípio da Dignidade Humana que reserva a toda a sociedade o direito de ser tratado de forma digna. Dois princípios que devem ser extremamente observados e seguidos pelo legislativo na criação de novas leis.

Há ainda os princípios quando se refere a tratativa de crianças e adolescentes, parte vulnerável e frágil da sociedade, outros princípios específicos, tratados e elencados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e Adolescente, e que o legislador deixa inobservada desde 1988. Foi necessário um juiz de direito se atentar para a constante violência institucional praticada pelos tribunais na oitiva incessante de crianças e adolescentes no curso da instrução penal, causando sua revitimização, para que mudanças fossem implementadas e regras fossem criadas, ainda assim da primeira audiência realizada nesta modalidade até a proteção da norma, qual seja sua efetivação foram longos 14 (quatorze) anos, e ainda assim se tem uma norma que não vigora totalmente por ausência de condições para aplicabilidade.

A Lei de depoimento especial entrou em vigor em 2017 e previa 01 (um) ano para que os tribunais se adequassem as suas regras, ocorre que em 2023 ainda há de se pressupor que o sistema não funciona corretamente, seja por falta de capacidade estrutural do tribunal e dos órgão de proteção, seja pela falta de profissionais competentes para a aplicação da lei sem que os sujeitos detentores de direitos, nestes caso crianças e adolescentes sofram com a vitimização secundária ocasionada pelo órgãos institucionais.

Não obstante a entrada em vigor da referida lei o legislativo na busca de satisfação dos anseios sociais causados pelo impacto que a mídia propõe diante de determinados casos, criou a Lei Henry Borel que entrou em vigor em 2022, buscando a proteção da criança e adolescente vítima de violência doméstica, com importante atenção a projetos de integração dos órgãos de proteção dos menores. Entretanto mais uma vez a inobservância do legislativo na busca de satisfação social acabou por lesionar seu público alvo, ante a falta de estrutura para integração dos órgãos e pelo procedimento de oitiva da lei de depoimento especial que não consegue ser colocado em prática por todos os estados da federação.

Ora se houvesse ao menos profissionais suficientes a prática ainda poderia ser implementada, mas como pode ser realizada a escuta especializada para apurar a prática de infração da qual a criança ou adolescente é vítima se não há profissionais capacitados suficientemente para a tratativa, como será realizada a oitiva em caso de extrema urgência, quando se torna imperioso a oitiva do menor para configurar uma situação de flagrante, o agente policial vai assumir o risco de ser responsabilizado ulteriormente para que o agente delituoso possa ser preso e o menor possa se ver livre de seu algoz criminoso.

Perguntas que a lei deixa de responder, hipóteses que sequer foram levadas em consideração no momento de elaboração da novel lei, mas esta foi criada e passa a falsa percepção de que o legislativo funciona, que cria leis extremamente úteis e que protegem os direitos garantidos pela Constituição, única função realmente exercida pelo legislativo que é lento e ineficaz, e abstrato no que se trata das reais condições de vida e de garantia ofertadas pelo estado, profissionais não remunerados corretamente, falta de profissionais capacitados e principalmente falta de estrutura, de um sistema de justiça cada vez mais injusto.

Uma solução plausível para esta problemática se estabelece na observação de pessoas com conhecimento técnico no momento de elaboração das leis, como juristas especializados na área que se deseja legislar. No mesmo sentido o levantamento das reais condições que o Estado detém para a aplicação da norma, para que não ocorra de a mesma não poder vigorar de fato na sociedade, e despendido de mais investimento nas reais necessidade da população. E por fim a contratação de profissionais capacitados para a realização das atividades aqui elencadas, bem como a capacitação dos profissionais já existentes para que a vítima detentora de direitos quando os buscar por extrema necessidade, não se torne novamente vítima do Estado e das instituições.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Tályta Laíse Silva Moreira. **Prontos para ouvir?** Depoimento especial de crianças e adolescentes. Editora Dialética, 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas/ Cesare Beccaria; tradução de Paulo M. Oliveira; Prefácio de Evaristo de Moraes.** 2ª edição. Editora Edipro, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120. V. 1.** 26º edição. Editora Saraiva, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022.**

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>

Acesso em: 25 de abril de 2023

CUNHA, Rogério Sanches; ÁVILA, Thiago Pierobom. **Violência Doméstica e Familiar contra criança e adolescente. Lei Henry Borel. Comentários à Lei 14.344/22 artigo por artigo.** São Paulo. Editora Juspodvm, 2022.

FILOCRE, Lincoln D. **Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro.** Editora Almeida, 2017.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação.** 1º edição. Editora Revan, 2015.

JUS BRASIL. **Princípio da Proteção integral da criança e do adolescente.**

Disponível em: <https://wgomes92.iusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente#:~:text=Em%20for%C3%A7a%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20integral,da%20crian%C3%A7a%20e%20do%20adolescente.>

Acesso em: 18 abril 2023.

JUS BRASIL. **Princípios norteadores do ECA.**

Disponível em: [https://juliabr.iusbrasil.com.br/artigos/155146186/principios-norteadores-do-eca#:~:text=I\)%20Princ%ADpio%20da%20Prioridade%20Absoluta%2C%20art%204%C2%BA%20do%20ECA%3A&text=Tamb%C3%A9m%20previsto%20no%20artigo%20227,p%C3%ABlicas%20e%20a%C3%A7%C3%B5es%20do%20governo](https://juliabr.iusbrasil.com.br/artigos/155146186/principios-norteadores-do-eca#:~:text=I)%20Princ%ADpio%20da%20Prioridade%20Absoluta%2C%20art%204%C2%BA%20do%20ECA%3A&text=Tamb%C3%A9m%20previsto%20no%20artigo%20227,p%C3%ABlicas%20e%20a%C3%A7%C3%B5es%20do%20governo)

Acesso em: 18 abril 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Primeiras impressões sobre a Lei 14.344/2022.** Lei Henry Borel – LHB.

Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/73/E0/09/D7/AA7058101522EB48760849A8/MPMG%20Juridico%20Lei%20Henry%20Borel.pdf>

Acesso em: 18 de abril de 2023

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8ª edição. Editora Atlas, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentado**. 5º edição. Editora Grupo GEN, 2020.

O GLOBO. **Número de psicólogos nas escolas do país não chega a 0,1% do total de alunos**.

Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/04/numero-de-psicologos-nas-escolas-do-pais-nao-chega-a-01percent-do-total-de-alunos.ghtml>

Acesso em: 25 de abril de 2023

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848 de 17 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Acesso em: 17 nov. 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em: 17 nov. 2022

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei 13.431 de 04 de abril de 2017**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm

Acesso em: 03 de maio de 2023

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Acesso em: 18 abril 2023.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei 14.344 de 24 de maio de 2022**. Lei de prevenção e enfrentamento da violência de criança e adolescente vítima de violência doméstica e familiar.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm

Acesso em: 03 de maio de 2023

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 13.869 de 05 de setembro de 2019**. Lei de abuso de autoridade.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm

Acesso em: 03 de maio de 2023.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª edição. Editora Cortez, 2007.

SCHMIDT, Flávio. Lei do Depoimento Especial. **Anotada e Interpretada Artigo Por Artigo**. Editora JH Mizuno, 2020

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DE SÃO PAULO. **Estatísticas trimestrais**.

Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/plantrim/2023-01.htm>

Acesso em: 25 de abril de 2023

SERRA, Paola. Caso Henry morte anunciada. **A investigação e os detalhes não revelados da história que chocou o país**. Editora Maquina de livros, 2021.

TORRES, Henrique Abi-Ackel. **Política Criminal Contemporânea: O discurso populista na intervenção punitiva**. Editora D'plácido, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Transparência**. Resolução nº 215/15 do CNJ - Download de Arquivos.

Disponível

em:

<https://www.tjsp.jus.br/CanaisComunicacao/Transparencia/ResCNJ102?anx=5>

Acesso em: 18 de abril de 2023

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 7ª edição. Editora Atlas, 2022.

XI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. VII mostra de trabalhos jurídicos científicos. **A democracia participativa e o princípio da participação popular como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente**.

Disponível em: <file:///M:/Downloads/11715-3954-1-PB.pdf>

Acesso em: 19 abril 2023