

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CURSO DE DIREITO

REBECA AQUILANTE CARLIM

**LEI HENRY BOREL E AS MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA E AO
ADOLESCENTE CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL**

SÃO PAULO – SP

2023

REBECA AQUILANTE CARLIM

**LEI HENRY BOREL E AS MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA E AO
ADOLESCENTE CONTRA A VIOLENCIA DOMÉSTICA NO BRASIL**

Monografia elaborada pela aluna Rebeca Aquilante Carlim para a conclusão do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Dias de Souza Ferreira.

SÃO PAULO – SP

2023

REBECA AQUILANTE CARLIM

**LEI HENRY BOREL E AS MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA E AO
ADOLESCENTE CONTRA A VIOLENCIA DOMÉSTICA NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Dias de Souza Ferreira.

Data de aprovação: ____/____/____

Avaliação:

Assinatura do Professor-orientador:

Avaliação:

Nome do Professor:

Assinatura do Professor:

Média final:

Dedico este trabalho à todas as crianças e adolescentes que sofrem ou que já sofreram violência doméstica no Brasil. Que possa o ordenamento jurídico oferecer-lhes proteção de forma plena, permanente e eficaz.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, que esteve comigo em todos os momentos da minha vida, dando muito apoio em todas as ocasiões, sempre com todo amor. Por tudo, admiração e gratidão se fazem o mínimo.

A todos meus professores durante a graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por me darem todo o alicerce de conhecimento que será carregado para uma vida toda. Em especial, agradeço ao professor Eduardo pela orientação durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, a todos os meus amigos que estiveram ao meu lado por todos esses anos, tanto nos momentos difíceis quanto nos momentos alegres, espero levá-los para vida toda.

RESUMO: O presente trabalho busca realizar uma compreensão integral da importância da proteção da integridade física da criança e do adolescente como parte fundamental da garantia de seus direitos básicos. Para tanto, se faz necessário uma abordagem da história do direito da criança e do adolescente, bem como da sua evolução no direito brasileiro. Com isso, faz-se necessário abordar os principais dispositivos normativos que buscam proteger a criança e o adolescente contra a violência, sobretudo a violência física. Além disso, o foco do trabalho é gerar reflexões sobre como a violência doméstica pode gerar traumas irreparáveis e como é importante combatê-la de modo assíduo, voltando tal para os familiares, para os entes federativos e para a sociedade em geral. Por fim, o tema acaba por se mostrar pertinente também para que os leitores saibam identificar situações de violência e estejam cientes de sua obrigação em denunciar esse tipo de ocorrência.

PALAVRAS-CHAVE: PROTEÇÃO, VIOLÊNCIA, DOMÉSTICA, CRIANÇA, ADOLESCENTE.

ABSTRACT: The presente study seeks to provide a comprehensive understanding of the importance of protecting the physical integrity of children and adolescents as a fundamental part of guaranteeing their fundamental rights. In order to do so, it is necessary to review the history of children's and adolescents' rights and their evolution in Brazilian law. Then it is necessary to look at the main legal provisions that seek to protect children and adolescents from violence, especially physical violence. In addition, the focus of the work is to generate reflections on how domestic violence can cause irreparable trauma, and how important it is to fight it vigorously, placing this responsibility on family members, federal entities and society in general. Finally, the topic is also relevant so that readers know how to recognize situations of violence and are aware of their obligation to report this type of occurrence.

KEYWORDS: PROTECTION, VIOLENCE, DOMESTIC, CHILD, ADOLESCENT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	11
1.1. Antiguidade.....	11
1.2. Idade Média.....	12
1.3. O Direito brasileiro.....	13
2. NORMAS DE PROTEÇÃO AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL ATUAL.....	17
2.1. A Constituição Federal.....	17
2.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente.....	19
2.3. O Código Penal.....	21
3. LEI DO MENINO BERNARDO E LEI DA ESCUTA PROTEGIDA.....	23
3.1. A necessidade de proteção da criança e do adolescente contra a violência doméstica - Lei nº 13.010/2014.....	23
3.2. A proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência e de suas testemunhas - Lei nº 13.431/2017.....	24
4. LEI HENRY BOREL E AS MUDANÇAS QUE TROUXE.....	30
4.1. O contexto social da criação da Lei.....	30
4.2. As principais novidades trazidas pela Lei.....	32
4.2.1. <i>Da violência doméstica e familiar.....</i>	<i>33</i>
4.2.2. <i>Da assistência à criança e ao adolescente em situação de violência.....</i>	<i>34</i>
4.2.3. <i>Do atendimento pela autoridade policial.....</i>	<i>35</i>
4.2.4. <i>Das medidas protetivas de urgência.....</i>	<i>36</i>
4.2.5. <i>Da proteção ao noticiante ou denunciante.....</i>	<i>38</i>
4.2.6. <i>Dos crimes.....</i>	<i>39</i>
4.2.6.1. <i>Descumprimento da medida protetiva de urgência.....</i>	<i>39</i>
4.2.6.2. <i>Omissão de comunicação de violência às autoridades públicas.....</i>	<i>40</i>
4.3. As alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	42
4.4. As alterações no Código Penal.....	44
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	47

INTRODUÇÃO

O direito da criança e do adolescente é algo que foi ganhando importância no Brasil e no mundo ao longo dos anos. Nos primórdios da humanidade, durante as idades Antiga e Média, a criança e o adolescente não eram vistos como “sujeitos de direitos”, mas sim, como “propriedade” de seus genitores, especialmente do pai, uma vez que toda a estrutura social era organizada aos moldes do patriarcado.

No Brasil, até a Constituição de 1988, era pouco comum o Estado voltar sua atenção à proteção dos infanto-juvenis. Ao passo que o país foi se desvinculando das leis portuguesas e tornando-se independente, foi surgindo o ordenamento jurídico brasileiro próprio, e os infanto-juvenis foram, aos poucos, recebendo mais atenção e conquistando direitos e garantias.

Os primeiros códigos que surgiram no Brasil voltado às crianças e aos adolescentes avançavam lentamente na construção de um direito próprio à essa camada social. Na época, o foco principal das autoridades era controlar os menores infratores, sem uma preocupação legítima em protegê-los.

Ao passar dos anos, a maioria penal foi fixada em 18 anos, com o Código Penal de 1940 e, mesmo com algumas tentativas de reduzi-la, ela ainda se mantém, uma vez que evita que crianças e adolescentes sejam passíveis de sofrerem penas, reservando aos menores infratores apenas medidas educativas e medidas de segurança.

Portanto, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que o direito da criança e do adolescente começou a ganhar verdadeira importância no Brasil, pois a Carta Magna trouxe os princípios basilares de dignidade humana consolidados após o fim da Segunda Guerra Mundial pela Organização das Nações Unidas através da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A partir disso, em definitivo, crianças e adolescentes passaram a ser vistos como “sujeito de direitos” e, mais do que isso, como pessoas que necessitavam de normas específicas, dada a sua hipossuficiência decorrente da sua imaturidade física e mental.

Nesse sentido, o artigo 227 da Constituição Federal fixou o princípio da absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes. Ademais, em 1990, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescentes, principal protetor do direito dos menores no Brasil.

Os avanços foram importantes e muito melhoraram a garantia dos direitos das crianças e adolescentes no país. Entretanto, era notável que essa camada social ainda precisava de proteção contra um tipo específico de violência, que ainda é por demais recorrente no Brasil: a violência doméstica.

A partir de casos horrorosos envolvendo a morte de crianças causadas por pais ou responsáveis, a morte de Bernardo Boldrini, em 2014, abriu os olhos para a necessidade de proteger crianças e adolescentes contra a violência doméstica, e o ordenamento jurídico brasileiro foi se voltando para evitar tais tipos de acontecimentos.

Desse modo, foram criadas as Leis 13.010/14 (Lei do Menino Bernardo) e 13.431/17 (Lei da Escuta Protegida), cujo foco principal é a proteção de crianças e adolescentes contra violência doméstica. Isso foi um avanço memorável e necessário, porém, incompleto.

Assim, com a finalidade de aperfeiçoar o macrossistema de leis voltadas à proteção dos menores, em 2022, foi promulgada a Lei 14.344, a partir da trágica morte do menino Henry Borel.

A Lei, cujo objetivo é fornecer maior proteção às crianças e aos adolescentes vítimas de violência doméstica, trouxe grandes avanços que complementam o ordenamento jurídico já existente.

Neste trabalho, será apresentada seu alcance, suas novidades e como sua criação foi importante para consolidar as normas já existentes, buscando sempre garantir às crianças e aos adolescentes uma proteção cada vez mais plena, permanente e eficaz.

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1- ANTIGUIDADE

O direito da criança e do adolescente passou por inúmeras modificações ao longo dos anos, mas nem sempre ele existiu. Quando as normas existentes na Antiguidade são analisadas, percebe-se que não havia qualquer distinção entre “criança”, “adolescente” e “adulto”. O direito era claramente voltado aos adultos e como tal eram tratadas as crianças. Ou seja, da mesma forma que a lei se aplicava aos adultos, ela se aplicava às crianças e aos adolescentes, sem distinção.

O Direito Romano, que é o principal precursor do direito atual aplicado no Brasil, permitia que o pai, guardião da família, usasse de modo exagerado a sua autoridade para com os filhos. Desse modo, não é exagero afirmar que o pai guardião detinha a autoridade sobre a vida e sobre a morte de sua família. Esse poder era tamanho que se o filho nascesse com alguma deficiência poderia ser morto caso este fosse o desejo de seu pai, conforme analisa o trecho a seguir, de autoria de Andréa Rodrigues Amin¹:

“Como autoridade, o pai exercia poder absoluto sobre os seus. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época não se distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos seus descendentes.”

Entretanto, na mesma época em que existiam barbaridades como estas, também começavam a surgir traços de proteção à vida das crianças e dos adolescentes. As primeiras normas que trouxeram princípios os quais estão em uso na sociedade até hoje surgiram através da criação do Código de Hamurabi, elaborado no século XVIII a.C.

O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas pelo sexto rei da Suméria Hamurabi, da primeira dinastia babilônica, na Mesopotâmia². É um código baseado na lei

¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 20.

² MACEDO, Márcia. *Código de Hamurabi: olho por olho, dente por dente*. 2020. Disponível em <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi>> Acesso em 25/08/2023.

do Talião, que representa o surgimento de uma sociedade organizada civilmente, a qual já definia muito bem a existência de organizações familiares. Ou seja, o conceito de “família”, tal qual conhecemos hoje, já era definido e reconhecido por estas leis antigas.

Nele, também se encontram os princípios iniciais de proteção à criança e ao adolescente, uma vez que há normas que trazem as primeiras ideias sobre a adoção. Alguns comandos do referido Código já traziam ideais de proteção à permanência da criança adotada na família adotante, conforme definido na norma 185: *“Se alguém dá o seu nome a uma criança e cria como seu filho, este adotado não poderá mais ser reclamado”*.

Além disso, o futuro trabalho desta criança adotada ensinado pelo seu pai guardião também já recebia proteção da lei, conforme dispõe a norma 188: *“Se um membro de uma corporação operaria toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado”*.

Portanto, é possível perceber que o Código traz o cuidado de proteger a criança que foi criada e recebida como parte de uma família mesmo em uma época em que não havia o conceito de bem-estar social nem um estado que garantisse proteção aos seus pertencentes.

Porém, na Idade Antiga, ainda não havia grandes preocupações em garantir proteção à integridade física e à dignidade da criança e do adolescente, pois, como visto, o pensamento dominante na época era o da família como “propriedade” do homem, responsável por garantir o seu sustento e definir o seu destino. Esse pensamento foi predominante ainda nas próximas gerações que sucederam a Idade Antiga, conforme será abordado a seguir.

1.2- IDADE MÉDIA

Com o avanço da sociedade e o surgimento da Idade Média, houve o fortalecimento do Cristianismo e o início de uma sociedade organizada por classes sociais. Nesse meio, a proteção se dava de acordo com o dinheiro, ou seja, as crianças das classes mais altas recebiam uma atenção maior da sociedade como um todo.

Além disso, o Cristianismo trouxe o início do reconhecimento de direitos para as crianças e adolescentes ao defender o direito à dignidade para todos. Começa, então, a

surgir o conceito de criança e adolescente como “sujeitos de direito” e não como “propriedades”, ainda que esse avanço tenha ocorrido de modo lento.

Entretanto, os filhos nascidos fora do matrimônio eram discriminados como se pessoas não fossem. Segundo doutrina traçada no Concílio de Trento e analisada por Amin³, *“a filiação natural ou ilegítima – filhos espúrios, adulterinos ou sacrílegos – deveria permanecer à margem do Direito, já que era a prova viva da violação do modelo moral determinado à época”*. Desse modo, aqueles nascidos fora da seara do casamento deveriam ser marginalizados, pois indiretamente atentavam contra a instituição sagrada da família.

Além disso, as crianças órfãs de classes sociais inferiores viviam em instituições durante toda a sua infância, pois não era uma preocupação dos governantes realocá-las em família, uma vez que não havia preocupação do Estado com o bem-estar das crianças nem em mantê-las inserida em um ambiente familiar.

Ao passar dos anos, com o surgimento de fronteiras entre os reinos e a unificação de territórios que deram origem aos países, o direito da criança e do adolescente foi, lentamente, ganhando mais importância.

1.3- O DIREITO BRASILEIRO

Entre os anos 1616 e 1916, período que comprime as idades Moderna e Contemporânea, o Brasil se organizava sob as leis portuguesas. Durante todo esse período, a sociedade se organizava de acordo com as vontades do homem, através do patriarcado, sendo ele o responsável pela liderança intelectual e financeira da família, conforme já abordado.

Em 1927, o Brasil teve o seu primeiro conjunto de leis voltada aos menores, conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem a seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.

Embora elaborado visando o controle da infância abandonada e dos “delinquentes” de ambos os sexos, menores de 18 anos, conforme definia o seu artigo 1º,

³ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 20.

o Código Mello Mattos foi o primeiro diploma legal que consolidou normas esparsas anteriores, prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal na seara social da família.

O país passava por um momento em que os jovens representavam mais da metade da população, como analisa Coutinho e Araújo⁴:

“A população dava um salto, passando, entre o final do século XIX e início do século XX, de 10 para 30 milhões, com os menores de 19 anos representando 51% da população. Sofria-se o impacto da industrialização nascente, com todas as suas consequências sociais”.

Nesse cenário, era urgente a criação de um dispositivo legal voltado à essa parcela social. A consolidação e sistematização de uma legislação de assistência e proteção aos menores surgiu, portanto, com a edição do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que deu origem ao Código Mello Mattos.

Desse modo, pela primeira vez no Brasil, crianças e adolescentes tinham seu direito protegido por normas escritas e especializadas, e um tema tão relevante ganhou visibilidade no país.

Dentre os dispositivos, o Código trouxe o referido art. 1º, que foi o responsável por fixar a maioridade em 18 anos. Além disso, o seu artigo 32 trouxe as primeiras ideias de proteção à integridade física da criança, ao dizer que o pai ou a mãe perderá o “pátrio poder” quando castigar imoderadamente o filho ou deixá-lo em completo abandono. Estas normas são utilizadas até hoje pelo Código Civil Brasileiro como forma de evitar que os pais violem a integridade física de seus filhos.

O termo “pátrio poder” era utilizado para referir-se ao poder dos pais sob os seus filhos. Entretanto, o direito absoluto e ilimitado era conferido predominantemente ao homem, chefe da família, pois a mulher, ainda que exercesse autoridade sobre os filhos, estava sujeita às decisões do marido. Atualmente, o termo “pátrio poder” foi substituído pelo termo “poder familiar”, que expressa a atual isonomia entre os direitos dos homens e das mulheres.

⁴ COUTINHO, Inês Joaquina Sant’Ana Santos; ARAÚJO, Denílson Cardoso. *Código de Menores: 80 anos.: Mello Mattos: a vida que se fez lei*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10879/codigo-de-menores-80-anos>> Acesso em: 18 out. 2023.

O Código, apesar de pouco desenvolvido para acolher socialmente crianças e adolescentes, era um avanço para uma época dominada pelo patriarcado, em que o poder do pai de família sobre sua prole era quase absoluto e praticamente sem intervenção estatal, conforme analisado por Coutinho e Araújo⁵:

“Num país com mentalidade tão retrógrada, sem dúvida, o Código Mello Mattos era uma notável lei. Embora usando terminologias que hoje nos soam estranhas (como "expostos", "vadios", "transviados", "libertinos"), ou adotando institutos que hoje repudiamos (guarda "mediante soldada"), efetivamente avançava”.

Entretanto, apesar de ser uma evolução para a época, o Código não trazia um procedimento legal amplamente definindo sobre como as autoridades deveriam prosseguir na tomada de soluções em situações envolvendo crianças e adolescentes. Por ser uma legislação rasa e pelo costume da época defender a mínima intervenção do Estado na família, o juiz acabava por decidir o destino do menor sem um amplo e seguro embasamento legal.

Ainda não era uma grande preocupação social o melhor interesse da criança e do adolescente, portanto, cada autoridade tinha ampla liberdade para decidir conforme bem entendesse ser o melhor naquela situação, sem necessariamente atender às reais necessidades da criança e do adolescente, conforme analisa Amin⁶:

“De acordo com a nova lei, caberia ao Juiz de Menores decidir o destino de crianças e adolescentes abandonados e delinquentes. A família, independentemente da situação econômica, tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e dos jovens, de acordo com o modelo idealizado pelo Estado. Medidas assistenciais e preventivas foram previstas com o objetivo de minimizar a infância de rua.”

Em 10 de outubro de 1979, foi publicada a Lei nº 6.697, criando um novo Código de Menores, também sem grandes avanços, voltado para segregação e a internação das crianças e adolescente que não tivessem família, sem a preocupação de acolhê-los em um ambiente protetivo.

⁵ COUTINHO, Inês Joaquina Sant’Ana Santos; ARAÚJO, Denílson Cardoso. *Código de Menores: 80 anos.: Mello Mattos: a vida que se fez lei*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10879/codigo-de-menores-80-anos>> Acesso em: 18 out. 2023.

⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 21.

Este novo código reforçava a ideia antiga de que o juiz não estava submetido ao cumprimento do formalismo das normas processuais, não estando sujeito a princípios como o da inércia da jurisdição nem o da imparcialidade, como bem esclarece Sotto Maior⁷:

“(…) pelo texto da lei, o Juiz de Menores exsurge como um ser onipotente, já que se lhe permite, entre outras coisas, decidir levando às últimas consequências o princípio da livre convicção (art. 5º), legislar sobre a matéria de menores mediante portarias e provimentos (art. 8º), decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela em situações das mais variadas, inclusive de gravidade discutível (art. 45), afastar dirigentes e ordenar o fechamento provisório ou definitivo de estabelecimentos particulares (art. 49), atuar como censor dos espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses e radiofônicos e de televisão (art. 52) e criar rito processual a revelia de qualquer texto legal (art. 87)”.

Como percebe-se, as principais mudanças foram possíveis apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1989, que trouxeram consigo as ideias de dignidade e igualdade do projeto criado pela ONU pós segunda guerra mundial.

Em 1948, a ONU elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, em 20 de novembro de 1959, publicou a Declaração dos Direitos da Criança, cuja evolução originou a doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente. Ambos os dispositivos possuem grande parte dos princípios e direitos aplicados atualmente à proteção da criança e adolescentes, conforme veremos a seguir.

⁷ SOTTO MAIOR NETO, Olímpio de Sá. *Destituição do pátrio poder e colocação em lar substituto – uma abordagem crítica*. São Paulo: publicado pelo Ministério Público de São Paulo, 2001, p. 6.

CAPÍTULO 2 - NORMAS DE PROTEÇÃO AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL ATUAL

2.1- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 foi o texto normativo que trouxe as mais significativas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. Ela estabeleceu novos paradigmas, não só para crianças e adolescentes, mas para o direito social e democrático como um todo.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 trouxe visibilidade mundial para a importância da proteção dos direitos desses indivíduos, baseando-se na Declaração Universal de 1948, que trouxe a enumeração de muitos direitos e liberdades que se entende fazer jus qualquer ser humano e muito inspirou a atual Constituição Brasileira.

A Declaração de 1959 foi importante ao requerer proteção e cuidados especiais às crianças e aos adolescentes, mesmo antes do nascimento, destacando que estes necessitam de condições especiais diversas dos adultos e, portanto, exigem uma declaração à parte, em decorrência de sua imaturidade física e mental.

Ademais, a Declaração trouxe e coroou, em seu Princípio 2º, a ideia de que a criança é um ser que possui direitos próprios, ao definir que deve ser defendida a sua dignidade e o seu melhor interesse.

Nota-se, portanto, uma forte influência deste texto para com o artigo 277 da Constituição Federal, que dispõe ser “*dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os seus direitos (...)*”. (Grifo nosso).

Esse termo não deixa dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da criação da Carta Magna de 1988, estaria voltado a proteger os direitos da criança e do adolescente acima de quaisquer outros, dada as circunstâncias de vulnerabilidade da infância e da adolescência, bem como seu caráter passageiro, que não admite demoras quando o assunto é a correta aplicação do direito. Está criado e consolidado, portanto, o princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente.

Sobre esse princípio tão importante, Amin⁸ traz a seguinte observação:

“Seu alcance é amplo e irrestrito. Estabelece a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve ser analisado com preponderância. Não comporta indagações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte”.

Além disso, em complemento ao artigo 227, a Constituição Federal traz, em seu artigo 226, §8º, um importante elo entre Estado e família no que tange ao combate da violência no âmbito doméstico.

Pela primeira vez, a proteção da integridade física da criança e do adolescente é visto como algo fundamental na proteção de seus direitos e não há lugar mais importante para coibir a violência do que no âmbito familiar, uma vez que este âmbito é responsável pelo desenvolvimento e formação do ser humano.

Como visto anteriormente, a proteção da integridade física dentro do ambiente familiar nunca foi objeto de proteção das leis jurídicas. A violência era algo legitimado pelo Estado, uma vez que era vista como “direito” do homem para controlar os que financeiramente dependiam dele.

Desse modo, ao criar o artigo cuja redação dispõe que “*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”, fica evidente que a preocupação com a dignidade da pessoa humana surgida com a ONU e com o fim da Segunda Guerra Mundial está sendo objeto de atenção do Estado Brasileiro.

Por demais, os incisos VI e VII do §3º e o §4º, todos do artigo 227 da Constituição Federal, asseguram o acolhimento, por parte do Estado, de crianças órfãs ou abandonadas, programas de prevenção e atendimento especializado aos menores dependentes químicos e a proteção destes contra abusos, violência e exploração sexual.

Portanto, está claro que a nova constituição estabelece meios de proteção integral nunca vistos aos infanto-juvenis e que tais preceitos devem ser observados, respeitados e ampliados pelas normas inferiores.

⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 30.

Assim, posteriormente à Constituição e trazendo seus princípios de proteção à dignidade e à integridade física, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 criou normas específicas voltadas à proteção dos menores de 18 anos, conforme veremos a seguir.

2.2– O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em 13 de Julho de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que incorporou o preceito de que crianças e adolescentes fazem jus à proteção específica e integral por serem sujeitos de direitos fundamentais e detentores de necessidades específicas.

O texto trouxe incorporado os compromissos expostos na Convenção Sobre os Direitos das Crianças, de 1989, o qual o Brasil é signatário. Dentre eles, o mais importante que deve ser destacado é o compromisso estatal para com os menores, pois foi a partir desse momento que surgiu a proteção da criança e do adolescente como um dever do Estado, que deveria interferir na seara familiar caso fosse necessário.

Dentre tantas normas específicas de proteção que o ECA trouxe, iremos analisar especificamente as que tratam da proteção à integridade física e o combate à violência contra crianças e adolescentes, bem como aquelas que garantem proteção e dignidade ao menor infrator.

O artigo 4º deste dispositivo incorporara os preceitos das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, sendo de responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar tais direitos, com absoluta prioridade, nos mesmos moldes da Constituição, vejamos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Este artigo reforça o princípio da absoluta prioridade, ao distribuir a responsabilidade de garantia dos direitos dos *infanto-juvenis* à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público, nos moldes da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 5º do ECA dispõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma (entre outras coisas) de violência e crueldade. Esse artigo busca enumerar de forma ampla qualquer conduta que possa violar os direitos das crianças e dos adolescentes.

Também os artigos 17 e 18 do ECA trouxeram em pauta a proteção das integridades física, psíquica e moral da criança e do adolescente, bem como sua dignidade. Para Sarlet⁹, dignidade humana é:

“(…) a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Portanto, o ECA protege, em seus artigos, algo que é intrínseco de cada ser humano, seja ele criança, adolescente, jovem ou adulto, combatendo todo e qualquer ato desumano e degradante, garantindo condições mínimas de sobrevivência aos infante-juvenis.

Já na seara da proteção do menor infrator, o ECA é considerado a legislação especial responsável por definir os tipos de condutas e medidas punitivas para os menores, já que estes são considerados inimputáveis aos olhos do Código Penal.

Os artigos 103 a 105 do ECA estabelecem que os menores de idade não praticam crime, mas sim, atos inflacionários, sendo aplicada medida de proteção, em caso de crianças infratoras de até 12 anos incompletos ou medida de proteção e medida socioeducativa em adolescentes infratores de 12 anos completos a 18 incompletos.

No artigo 112, há um rol taxativo de medidas socioeducativas que podem ser aplicadas, dentre elas, advertência, obrigação de reparar o dano causado, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

Assim, o ECA também se preocupa em proteger a dignidade do menor infrator, garantindo a ele proteção contra violência, uma vez que são incapazes de compreender o caráter ilícito de suas ações, segundo o entendimento jurídico moderno, conforme será mais bem explicado no item a seguir.

2.3 – O CÓDIGO PENAL

Outro dispositivo atual brasileiro que traz normas de proteção à criança e ao adolescente é o Código Penal, o qual traz meios de combate à violência e de proteção aos direitos dos menores quando forem vítimas e quando forem infratores.

Sobre a punição dos menores de 18 anos, o principal dispositivo legal que trouxe mudanças persistentes até hoje foi o Código Mello Mattos, abordado anteriormente.

Conforme visto, o Código foi responsável por definir a maioridade em 18 anos e prever algumas medidas punitivas aos menores dessa idade. No campo infracional, crianças e adolescentes de 9 até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de pena, mas com responsabilidade atenuada.

No ano 1940, foi criado o atual Código Penal, com a edição do Decreto-Lei 2.848 pelo então presidente da República Getúlio Vargas. Uma de suas maiores inovações foi, não só o estabelecimento definitivo da maioridade penal em 18 anos, como também a proibição da aplicação de penas aos menores de idade.

Conforme visto, com o Código Mello Mattos, o Brasil considerava a punição criminal das crianças a partir de 9 anos, cabendo o juiz analisar o discernimento e aplicar a quantidade de pena que achar justa, observando a responsabilidade atenuada.

Portanto, foi somente com o Código de 1940 que os menores de 18 anos passaram a ser considerados inimputáveis, ou seja, não passíveis de pena, mas sim, de medida de proteção ou medidas socioeducativas, uma vez que ainda não possuem discernimento o suficiente para entender uma conduta como sendo criminosa ou não, conforme explica Cléber Masson¹⁰:

¹⁰ MASSON, Cléber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 385.

“Contudo, as notas características da inimputabilidade fornecem, ainda que indiretamente, o conceito de inimputabilidade: é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Porém, em 1969, no auge do regime militar, foi publicado o Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal e reduziu a responsabilidade penal para 16 anos se comprovada a capacidade de discernimento acerca da ilicitude do fato. Na hipótese, a pena poderia ser diminuída de um terço até a metade.

Desse modo, o critério do discernimento poderia ser avaliado em jovens de 16 e 17 anos, podendo estes serem punidos com penas previstas no então Código Penal. O referido dispositivo, entretanto, foi revogado pela Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, que restabeleceu a idade de 18 anos para alcance da imputabilidade penal.

Atualmente, o Código Penal traz a maioridade penal em 18 anos, ao dispor, em seu artigo 27 que *“os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”*. (Grifo nosso).

Agora, nos próximos dois capítulos, o trabalho abordará outras duas leis importantes no combate à violência contra crianças e adolescentes.

Tais dispositivos são as Lei do Menino Bernardo e Lei da Escuta protegida. Ambas são precursoras da Lei Henry Borel e trazem dispositivos importantes que foram reaproveitados por ela, conforme veremos a seguir.

CAPÍTULO 3 - LEI DO MENINO BERNARDO E LEI DA ESCUTA PROTEGIDA

3.1 - A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 13.010/2014

Como visto no transcurso deste trabalho, o interesse na proteção da integridade física da criança e do adolescente nem sempre existiu, mas, ao passo que a Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças nesse aspecto, foram surgindo dispositivos voltados ao combate da violência contra os menores.

O mais significativo deles e o que foi pioneiro em tratar do combate à violência contra crianças e adolescentes foi a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, popularmente conhecida como a Lei do Menino Bernardo.

A lei trouxe importantes alterações para o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivando erradicar a violência e o tratamento físico e degradante utilizado contra os menores dentro do ambiente doméstico.

Porém, apesar de trazer mudanças positivas para a legislação brasileira, a lei foi criada a partir de um caso trágico envolvendo a morte de um menino de 11 anos chamado Bernardo Uglione Boldrini.

O caso despertou grande comoção nacional quando o menino foi dado como desaparecido em 04 de abril de 2014, tendo seu corpo sido encontrado sem vida dez dias depois. Após a autópsia, foi verificada que a *causa mortis*¹¹ estava relacionada ao uso do medicamento em doses altas, comprado com a receita fornecida pelo pai do menino, o médico Leandro Boldrini. O medicamento teria sido administrado pela madrasta, Graciele Ugolini e pela amiga, Edelvania Wirganovicz.¹²

A Lei insere novos artigos e altera outros existentes no ECA, estabelecendo o direito dos menores de serem educados sem o uso de violência ou de tratamento cruel ou degradante.

¹¹ Causa da morte.

¹² ____ . Caso Bernardo: da morte do menino à condenação de Leandro Boldrini, relembre a cronologia do caso. 2023. Disponível em <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/03/23/caso-bernardo-da-morte-do-menino-a-condenacao-de-leandro-boldrini-relembre-a-cronologia-do-caso.ghtml>> Acesso em 27/08/2023.

O artigo 1º da Lei 13.010/14 insere o artigo 18-A no ECA, o qual ampliou o rol de direitos infanto-juvenis previstos ao impedir qualquer espécie de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo de educação e desenvolvimento destes.

O artigo considera os castigos físicos como a *“ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou em lesão”* e tratamento cruel ou degradante a *“conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que humilhe ou ameace gravemente ou ridicularize.”* (Art. 1º, parágrafo único da Lei).

Além disso, a Lei insere ao Estatuto o artigo 18-B, responsável por transferir aos Conselhos Tutelares a responsabilidade de realizar os devidos encaminhamentos ou advertências a quem infringir a inovação legal. Desse modo, o Conselho Tutelar passa a ser o intermediário entre as vítimas e suas testemunhas e as autoridades policiais e judiciais, responsável por realizar o acolhimento dessas pessoas antes de encaminhá-las às outras autoridades competentes.

Por fim, outro avanço importante da Lei foi a inclusão do artigo 70-A ao ECA, que atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de *“atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes”*.

Desse modo, a Lei reforça a importância de combater a violência contra os infanto-juvenis, que ocorre majoritariamente dentro do ambiente de suas casas e fomenta a ação conjunta da sociedade e entes federais no seu combate.

3.2 - A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA E DE SUAS TESTEMUNHAS – LEI Nº 13.431/2017

Antes de adentrar a análise da Lei Henry Borel, é importante voltar a atenção para outra importante lei que defende crianças e adolescentes vítimas de violência, a Lei nº 13.431/2017.

Também conhecida como Lei da Escuta Protegida, a Lei 13.431/17 estabelece mecanismos inovadores de atendimento às vítimas e testemunhas de violência ao se preocupar, acima de tudo, com o bem-estar dessas pessoas.

Sobre o combate da violência doméstica contra crianças e adolescentes, essa Lei trouxe a descrição dos tipos de violência que podem ser praticadas contra as vítimas, o que foi aproveitado pela atual Lei Henry Borel.

O artigo 4º da Lei 13.431/2017 traz os tipos de violência e suas descrições, conceito importante utilizado no momento de identificação de uma situação como essa, vejamos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - Violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

O inciso I do artigo traz o tipo clássico de violência, aquela que deixa marcas no corpo da vítima. A violência física, conforme dispõe o artigo, ofende a integridade física ou saúde corporal ou cause sofrimento físico na criança ou adolescente.

Já o artigo II pontua a violência psicológica, vejamos a definição:

II - Violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

Pelo inciso, vemos que a violência psicológica é tão danosa quanto aquela que deixa hematomas pelo corpo.

Além disso, dentre os atos de violência psicológica, a alienação parental chama a atenção como sendo um dos mais graves, uma vez que induz o filho a ter repúdio por um

ou ambos os genitores, o que causa prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculo com estes, sendo extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento.

Outro tipo bastante comum é a violência sexual, trazida pelo inciso III:

III - Violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;

c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

Por fim, o inciso IV traz a violência institucional:

IV - Violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

Nesse caso, ocorre quando o agente público submete uma vítima de violência ou testemunhas do caso a tratamentos desnecessários que violem seus direitos ou sua dignidade. Esse tipo de violência é extremamente repudiante, pois é causada por agentes que supostamente deveriam proteger as vítimas ou testemunhas e não as causar mais sofrimento.

Veremos adiante que a Lei da Escuta Protegida foca, dentre outras coisas, em coibir a prática de revitimização¹³ ao criar procedimento humanizadores no momento da oitiva da vítima ou testemunha.

Sobre esse processo, analisa Trennepohl¹⁴:

“A vitimização secundária ocorre devido ao formalismo e frieza que se faz presente na falta de implantação generalizada do depoimento especial (...) visto que, no processo penal, a vítima é, em regra, esquecida, abandonada, relegada a um segundo plano, gerando, assim, os sentimentos de vergonha, medo, humilhação e aflição por ocasião da coleta dos relatos, muitas vezes violando seus direitos fundamentais, já que não são observadas as condições peculiares de pessoas em desenvolvimento”.

A Lei Henry Borel acrescenta, ainda, um outra inciso ao artigo trazendo mais uma forma de violência:

V - Violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional.

É acrescida, então, mais uma forma de violência, titulada “violência patrimonial”, entendida como forma de restrição da criança ou adolescente a documentos, bens, valores, direitos ou recursos econômicos.

É importante destacar que uma criança que sofre quaisquer tipos de violência citadas acima desenvolvem sequelas que acabam por serem fáceis de identificar e, conseqüentemente, fáceis de combater, se forem identificadas rapidamente, como explica Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁵:

¹³ Também conhecida como nova vitimização ou vitimização secundária, a revitimização se caracteriza por atos ou questionamentos contínuos que geram constrangimentos ou traumas nas vítimas de qualquer tipo de violência, principalmente mulheres e crianças.

¹⁴ TRENNEPOHL, Anna Karina Omena Vasconcellos. *Riscos de revitimização de crianças e adolescentes e a necessária implantação do depoimento especial*. 2022. Disponível em <<https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/textos/riscos-de-revitimizacao-de-criancas-e-adolescentes-e-a-necessaria-implantacao-do-depoimento-especial/>>. Acesso em 25/10/2023.

¹⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 12.

“As sequelas e características desse tipo de violência conduzem a um conjunto de sintomas capazes de levar a uma constatação segura da possibilidade de uma criança ser vítima desse tipo de conduta.

Tal conjunto tem sido denominado “Síndrome de Caffey” ou “Síndrome da Criança Espancada” e pode ser um instrumento de grande valia para a detecção de casos de espancamento de crianças por parte de profissionais das mais diversas áreas que tenham algum contato com crianças ou venham a investigar casos dessa natureza (...)”

Além da definição das formas de violência, a Lei da Escuta Protegida foi importante no ordenamento jurídico brasileiro ao definir alguns procedimentos utilizados no momento de lidar com a vítima e com toda a situação de violência.

É importante que o procedimento seja cauteloso para não gerar novos traumas nas vítimas ou nas testemunhas, uma vez que elas serão obrigadas a reviver momentos traumatizantes.

Antes da Lei, a oitiva era feita perante o juiz e as partes, sem a presença de pessoas especializadas e, conseqüentemente, a vítima era obrigada a reviver por diversas vezes os detalhes, desencadeando nova vitimização, como observa Trennepohl¹⁶:

“Percebeu-se que o ambiente Judiciário reúne características de ambiente hábil à revitimização, já que é um sistema dirigido a adultos, sem pessoal especializado a intervir com crianças e adolescentes frágeis e vulneráveis, sem estrutura adequada a possibilitar que essas vítimas sejam preservadas de novos abusos e corretamente informadas dos procedimentos adotados.”

Além disso, era comum o ambiente gerar desconforto na criança ou adolescente, ainda mais quando o agressor estava presente, gerando uma situação de pressão negativa à prestação do depoimento.

Para coibir tais problemas no momento do atendimento pela autoridade policial, a lei traz novos procedimentos que devem ser adotados, os quais foram também incorporados pela Lei Henry Borel.

Os artigos 7 e 8 da Lei trazem, respectivamente, as definições dos procedimentos de escuta especializada, como sendo “o *procedimento de entrevista sobre situação de*

¹⁶ TRENNEPOHL, Anna Karina Omena Vasconcellos. *Riscos de revitimização de crianças e adolescentes e a necessária implantação do depoimento especial*. 2022. Disponível em <<https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/textos/riscos-de-revitimizacao-de-criancas-e-adolescentes-e-a-necessaria-implantacao-do-depoimento-especial/>> Acesso em 25/10/2023.

violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade” e o de depoimento especial, como sendo “o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”.

Além disso, o artigo 9º estabelece um dos pilares mais importantes no quesito de proteção à vítima de violência, ou seja, o seu resguardo de contato com o acusado do crime.

Ademais, no artigo 10º, é previsto que *“a escuta especializada e o depoimento serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência”*, garantindo proteção e sigilo.

Por fim, o depoimento especial deverá tramitar em segredo de justiça., conforme dispõe o artigo §6º do artigo 12º da Lei.

Já o artigo 13 da Lei traz uma novidade quando transforma em obrigação a denúncia da violência doméstica. Portanto, qualquer pessoa que tenha o conhecimento de situações de violência contra os menores deverá comunicar as autoridades, conforme define a norma:

“Qualquer pessoa que tenha conhecimento ou presencie ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que constitua violência contra criança ou adolescente tem o dever de comunicar o fato imediatamente ao serviço de recebimento e monitoramento de denúncias, ao conselho tutelar ou à autoridade policial, os quais, por sua vez, cientificarão imediatamente o Ministério Público”.

Por fim, o artigo 21º permite à autoridade policial requisitar à autoridade judicial responsável, dentre outras atitudes, a prisão preventiva do investigado. Este dispositivo também foi incorporado pela Lei Henry Borel e é necessário ao depararmos com a situação de vulnerabilidade da criança e adolescente, que não possuem condições para requererem medidas de proteção.

CAPÍTULO 4 – LEI HENRY BOREL E AS MUDANÇAS QUE TROUXE

4.1– CONTEXTO SOCIAL DA CRIAÇÃO DA LEI

Mesmo com grandiosos avanços nas normas brasileiras no que tange à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, casos trágicos envolvendo violência contra os menores ainda são persistentes.

Foi em um cenário de tratamento desumano que o menino Henry Borel, de apenas quatro anos, veio a perder sua vida, após ser vítima de homicídio no dia 08 de março de 2021.

O menino estava no apartamento do padrasto, Jairo de Souza Santos, conhecido como Doutor Jairinho, e de sua mãe, Monique Medeiros Costa. Na madrugada de seu falecimento, o casal relatou que encontrou o filho no chão, ao lado da cama, desacordado. O menino foi então levado ao Hospital Barra D’Or, na Barra da Tijuca – Rio de Janeiro, onde foi atendido às pressas por uma equipe médica que tentou reanimá-lo.

Os médicos relataram em depoimento que o garoto chegou ao hospital gelado e com marcas no corpo, além de já não conseguir respirar e não ter suas funções neurológicas.

Após a constatação da morte, o corpo do menino foi levado ao Instituto Médico Legal para averiguar a causa da morte. Nisso, foi constatado que Henry tinha 23 lesões corporais, sendo a causa da morte laceração hepática, ou seja, sangramento do fígado provocado por lesão.

Por contas das graves lesões, iniciou-se investigação acerca dos acontecimentos, sendo descoberto que o menino já sofria agressões pelo padrasto, sendo a primeira confirmada no dia 02 de fevereiro de 2021. Analisando prints de conversas entre a babá do menino, Thayná Ferreira, e Monique, a babá relata que Jairinho se trancava com Henry no quarto e, mesmo não ouvindo barulhos, desconfiava que o menino pudesse estar sofrendo maus tratos. Dez dias após, a babá novamente relata que Jairinho estava no quarto com o menino a sós e, ao sair, o menino reclamava de dores e mancava.

Por conta dessas suspeitas, Monique e Jairinho foram presos temporariamente em 08 de abril, acusados de atrapalhar as investigações por manipulação das testemunhas. A

partir das acusações e das lesões apresentadas pelo menino, a Polícia Civil concluiu que Jairinho agredia o enteado e que Monique sabia da situação pelo menos desde fevereiro de 2021 e nada fazia a respeito.

Em maio de 2021, o Ministério Público do Estado do Rio denunciou Jairinho por homicídio triplamente qualificado, tortura e fraude processual. Monique foi denunciada pelo homicídio e tortura (por ter se omitido em relação a essas duas condutas de Jairinho), falsidade ideológica, fraude processual e coação de testemunha.

A juíza Elizabeth Machado Louro, do 2º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, absolveu Monique dos crimes de tortura, falsidade ideológica e fraude processual, mas determinou que ela vá a júri pelo homicídio e pela coação de testemunha. Jairinho foi absolvido do crime de fraude processual, mas vai a júri acusado do homicídio e de torturar Henry¹⁷.

Desse modo, em meio a um sentimento de injustiça após tamanha crueldade com uma criança, foi possível constatar falhas na legislação. Era mais do que necessário aperfeiçoar o macrossistema de garantia infantojuvenis, melhorando a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.

O caso apresentado trouxe grande comoção nacional, que deu luz à presente Lei nº 14.344/2022. Ademais, por força do art. 27 da lei, a data de 3 de maio, na qual se comemoraria o aniversário do menino Henry, passa ser o Dia Nacional de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Criança e o Adolescente.

Como afirmado acima, o novo estatuto criou um microsistema protetivo à criança e ao adolescente no âmbito doméstico e familiar. Por microsistema entende-se:

“o conjunto de normas, princípios e regras que regulamentam de forma minuciosa e exaustiva determinadas matérias, incluindo normas de direito material e processual, abrangendo diversas áreas do direito, tanto o público como o privado, visando tutelar as minorias, que de certa forma são considerados mais frágeis e sucessíveis a não terem seus direitos respeitados”.¹⁸

¹⁷ GRELLET, Fábio. Caso Henry Borel e Linha Direta: lembre morte de menino de 4 anos na Barra da Tijuca. Disponível em <<https://www.estadao.com.br/brasil/caso-henry-borel-entenda-o-que-aconteceu-com-o-menino-de-4-anos-morto-na-barra-da-tijuca-nprm/>> Acesso em 27/08/2023.

¹⁸ _____. *Primeiras impressões sobre a Lei 14.344/22*. Minas Gerais: MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2022, p. 5.

Desse modo, a lei cria novos artigos para que haja o combate efetivo da violência no Brasil, mas também traz ao uso leis que já tratam desse assunto, como é o caso da Lei Maria da Penha, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei da Escuta Protegida, como bem evidencia o seu artigo 33:

“Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições das Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e 13.431, de 4 de abril de 2017”.

Portanto, a lei traz como novo objetivo o enfrentamento da violência, encontrando respaldo nos artigos nos artigos 226, § 8º, e 227, § 4º, da Carta Magna, os quais, quando vistos conjuntamente, prescrevem ao Estado o dever de coibir a violência no âmbito familiar em face do público infantojuvenil.

A partir desse ponto, veremos as novidades trazidas pela lei, bem como as mudanças que ela proporcionou à legislação já existente.

4.2 – AS PRINCIPAIS NOVIDADES TRAZIDAS PELA LEI

Como visto, a Lei Henry Borel busca direcionar os esforços para a proteção da vítima, reunindo Estado e sociedade no combate à violência. Além disso, ao abranger como vítima os menores independentemente do sexo, a lei promove o princípio constitucional da igualdade.

Conforme analisa Sannini¹⁹, trata-se:

“do fenômeno conhecido como “especificação do sujeito de direito”, cujo objetivo é dar, por meio de lei, tratamento especial para pessoas em condições de maior vulnerabilidade, promovendo, assim, o princípio constitucional da igualdade.”

Essa novidade será abarcada nos próximos itens, que buscarão analisar os artigos da nova lei e os mecanismos de proteção à vítima de violência infanto-juvenil.

¹⁹ SANNINI, Francisco. *Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores*. 2022. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protacao> > Acesso em 24/10/2023.

4.2.1 – Da violência doméstica e familiar

Como visto no capítulo anterior, o artigo 1º da Lei nº 14.344/2022 estabelece dois objetivos macros pautados na prevenção e no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.

O artigo 2º já no caput traz os tipos de violência definidos no art. 4º da Lei 13.431/17, apresentado anteriormente, vejamos:

“Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial”.

A partir daí, a norma delimita, em seus incisos, os âmbitos de ocorrência da violência para esta ser considerada doméstica:

I - no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

O inciso II pontua que o âmbito familiar se configura como uma comunidade composta por indivíduos oriundos da família natural²⁰, ampliada²¹ ou substituta²², não exigindo a lei coabitação para haja relações doméstica e familiar.

O inciso II caracteriza, ainda, três espécies de vinculação, a qual pode ocorrer por (i) laços naturais, decorrentes da parentalidade por consanguinidade, (ii) por afinidade, que ocorre entre cônjuge ou companheiro com a família natural de seu parceiro ou (iii) por vontade expressa, como é o caso da adoção.

²⁰ Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25 do ECA)

²¹ Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Art. 25, p.u. ECA)

²² A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (Art. 28, ECA).

Desse modo, conclui-se que a lei 13.431 define violência, enquanto o artigo 2º da Lei 14.344/22 trata sobre a delimitação legal das circunstâncias para caracterizar se essa violência é doméstica ou familiar.

Fica claro, desse modo, que para as espécies de violência serem caracterizadas como domésticas, faz-se necessário a subsunção dos fatos aos artigos citados, como observa Cabette²³:

“É importante salientar que a Lei Henry Borel será aplicada à violência doméstica e familiar contra os menores e não a qualquer violência que tenha por sujeito passivo uma criança ou adolescente. A definição do que seja um caso de violência e familiar vem descrita no artigo 2º., incisos I, II e III da Lei 13.444/22, praticamente cópia dos conceitos da Lei Maria da Penha. Também determina o Parágrafo Único do mesmo artigo 2º., a utilização das definições de violência doméstica estabelecidas na Lei 13.431/17, mais precisamente em seu artigo 4º”.

Portanto, a Lei Henry Borel delimita seu campo de atuação já nos primeiros artigos, devendo ser aplicada a situações de violência contra os menores que seja doméstica ou familiar.

4.2.2. – Da assistência à criança e ao adolescente em situação de violência

Já os artigos 6º ao 10º, dispostos no Capítulo II da Lei, trata sobre a assistência que deverá ser dada às crianças e aos adolescentes vítimas de violência doméstica.

Eles trazem consigo as diretrizes previstas no ECA, na Lei 8.742/1993, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente, quando for o caso.

Esse capítulo reforça a importância da integração dos sistemas quando o assunto é proteção aos infanto-juvenis. O artigo 8º traz que os sistemas de justiça, de saúde, de segurança pública e de assistência social, os Conselhos Tutelares e a comunidade escolar, poderão adotar ações articuladas e efetivas direcionadas à identificação da agressão, à agilidade no atendimento da criança e do adolescente vítima de violência doméstica e familiar e à responsabilização do agressor.

²³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 12.

Isso é essencial, pois os diversos âmbitos da sociedade precisam estar unidos no combate deste mal que é a violência. Se a responsabilidade pelo combate for dividida entre toda a sociedade, mais eficaz será a erradicação deste problema.

4.2.3. – Do atendimento pela autoridade policial

Os artigos 11 a 14 reiteram a prática e os encaminhamentos de praxe dos órgãos da segurança pública quando lhe chegam ao conhecimento a ocorrência de qualquer infração penal, em moldes similares ao já determinado para casos de mulheres na Lei Maria da Penha.

Haverá o recolhimento do depoimento pessoal da vítima ou das testemunhas, nos termos do ECA e da Lei nº 13.431/17.

Além disso, o texto legal já traz nesse capítulo uma medida protetiva de urgência muito importante à vida e à integridade física da vítima, vejamos:

Art. 14. Verificada a ocorrência de ação ou omissão que implique a ameaça ou a prática de violência doméstica e familiar, com a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da criança e do adolescente, ou de seus familiares, o agressor será imediatamente afastado do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca;

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º O Conselho Tutelar poderá representar às autoridades referidas nos incisos I, II e III do caput deste artigo para requerer o afastamento do agressor do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, bem como dará ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 3º Nos casos de risco à integridade física da vítima ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Nota-se que a lei traz possibilidades de deferimento do afastamento imediato do agressor do ambiente familiar, realizado diretamente pelo Delegado de Polícia ou por policiais em geral, dependendo o caso.

Prevê, ainda, a possibilidade de que o Conselho Tutelar represente pelo afastamento do agressor ao juiz, uma vez que as vítimas são hipossuficientes, possuindo, deste modo, capacidade postulatória anômala, ou seja, pode postular em nome da parte agredida.

A lei ainda veda a concessão de liberdade provisória ao preso em caso de risco à integridade física da vítima ou à efetividade da medida protetiva de urgência. A disposição está em consonância com a Lei Maria da Penha, que prevê a mesma coisa e com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, que traz os motivos da prisão preventiva, quais sejam:

“garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Por fim, também não é permitida a concessão de fiança quando houver a decretação do afastamento e prisão do agressor, uma vez que seu objetivo é, além dos apresentados no parágrafo anterior, garantir a integridade da vítima até o julgamento.

4.2.4 – Das medidas protetivas de urgência

Os artigos 15 a 19 da nova lei trazem medidas protetivas de urgência às crianças e aos adolescentes vítimas de violência doméstica ou familiar, nos moldes da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Uma diferença é a não previsão do requerimento direto da medida pela vítima, uma vez se tratando de menores incapazes, devendo ser feito pelo Ministério Público, Autoridade Policial, Conselho Tutelar ou pela pessoa que atue em favor da vítima.

Ademais, em relação aos atos relativos ao agressor, como entrada e saída da prisão, deverá ser intimado o advogado constituído ou o defensor público.

Sobre as medidas em si, a lei traz um rol não taxativo, como analisa Cabette²⁴:

“É importante salientar que o rol de medidas protetivas da Lei 14.344/2 não é taxativo. Por disposição expressa do artigo 20, §1º e artigo 21, §2º do diploma em comento, o magistrado pode adotar outras medidas protetivas previstas na legislação sempre que forem uteis à proteção da criança, do adolescente, de seus familiares, de noticiante ou denunciante”.

Desse modo, são aplicáveis outras medidas não previstas na lei, como as medidas trazidas pela Lei Maria da Penha ou as previstas no Código de Processo Penal, em seu artigo 319, como por exemplo, “*recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*” (inciso V) e “*monitoração eletrônica*” (inciso IX).

Dentre as medidas que obrigam o agressor, ou seja, impostas para que o agressor as cumpra, temos as dispostas no artigo 20 da Lei, sendo uma das mais importantes aquelas trazidas pelo inciso II, ou seja, “*o afastamento do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima.*”

Além disso, os incisos III e IV trazem, respectivamente “*a proibição de aproximação da vítima, de seus familiares, das testemunhas e de noticiantes ou denunciantes, com a fixação do limite mínimo de distância entre estes e o agressor*” e “*a vedação de contato com a vítima, com seus familiares, com testemunhas e com noticiantes ou denunciantes, por qualquer meio de comunicação*”.

Vale ressaltar que existem críticas sobre a Lei Henry Borel não ter incluído a violência moral como modalidade expressa de violência contra os menores, diferentemente do que foi feito com a Lei Maria da Penha. Nas palavras de Costa e Araújo²⁵:

Um problema detectado no novo diploma é que não previu expressamente proteção em face de atos de violência moral. E o legislador se confundiu ainda mais quando, em pontos específicos da exemplificação legal de violência psicológica, cita constrangimento, humilhação etc., circunstâncias essas que mais se aproximam do rótulo de agressão moral do que psicológica. Deveria ter

²⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 22.

²⁵ COSTA, Adriano Sousa, ARAUJO, Anderson Marcelo de. *Temas Controversos da Lei Henry Borel*. 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policia-temas-controversos-lei-henry-borel>> Acesso em 26/10/2023.

mantido a técnica e guardado o rigor analítico de tal classificação (a exemplo do que foi feito no âmbito da Lei Maria da Penha). De toda sorte, acreditamos ser perfeitamente possível que o inciso V art. 7º da Lei Maria da Penha socorra essa lacuna da Lei Henry Borel, pois a razão tuitiva de ambas as leis parece assim o permitir (proteção de hipervulneráveis).

Por fim, é importante esclarecer que a Lei Henry Borel no que tange às medidas protetivas de urgência, reitera os artigos 18 a 20 da Lei Maria da Penha, porém, agora, o prazo para o juiz conceder a medida foi reduzido de 48 para 24 horas.

4.2.5- Da proteção ao noticiante ou denunciante

O artigo 23 da Lei Henry Borel reforça a obrigação disposta na Constituição Federal de ser dever tanto do Estado como da sociedade a proteção da criança e do adolescente.

Nesse sentido, a lei exige que todas as pessoas que presenciarem ou tiverem ciência de situações de agressão envolvendo crianças ou adolescentes comuniquem as autoridades competentes para as devidas providências.

Entretanto, do mesmo modo que a lei protege a vítima, esta deve proteger o noticiante ou denunciante. O artigo 24 determina que o poder público deverá garantir medidas e ações de proteção a essas pessoas. Tais medidas de proteção competem à União, aos Estados e aos Municípios, nos moldes do §1º do mesmo artigo.

“O noticiante ou denunciante poderá requerer que a revelação das informações de que tenha conhecimento seja feita perante a autoridade policial, o Conselho Tutelar, o Ministério Público ou o juiz, caso em que a autoridade competente solicitará sua presença, designando data e hora para audiência especial com esse fim”, nos moldes do §2º

Já o §3º permite ao noticiante ou denunciante condicionar a revelação de informação à adoção de medidas de proteção que garantam sua integridade física ou psicológica. Nesse caso, se o Estado não cumprir com sua obrigação de prestar segurança, não poderá exigir que o indivíduo preste informação, ficando este livre da pena prevista caso não presta as informações.

O §4º se propõe a combater possíveis reações ilegais contra os noticiantes e denunciadores que prestarem as informações. Nesse sentido, o parágrafo dispõe que “ninguém será submetido a retaliação, a represália, a discriminação ou a punição pelo fato ou sob o fundamento de ter reportado ou denunciado as condutas descritas no caput do artigo 4º”.

4.2.6. – Dos crimes

Por fim, a Lei enumera alguns crimes, já presentes no Código de Processo Penal, que são os casos de descumprimento da medida protetiva de urgência e omissão de comunicação de casos de violência doméstica contra crianças e adolescentes.

4.2.6.1 – Descumprimento da Medida Protetiva de Urgência

No artigo 25 da Lei Henry Borel é previsto o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência. Nota-se que a intenção do legislador foi reforçar a proteção das crianças e adolescentes, trazendo um instrumento muito eficaz já existente na Lei Maria da Penha, capaz de constranger o agressor a cumprir a medida.

Além disso, essa previsão vai de encontro à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como analisa Cabette²⁶:

“As inovações legislativas da Lei 11.340/06 (Nova redação dada pela Lei 13.641/18) e da Lei 14.344/22 vão de encontro à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se posicionava no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não caracterizaria o crime de desobediência, uma vez que tal conduta já seria sancionada na esfera processual, seja pela possibilidade de substituição da medida protetiva decretada ou pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do sujeito”

Desse modo, o crime apenas se configura quando não existir previsão de outra sanção em lei específica. Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁷:

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 27.

²⁷ STJ, HC 338.613/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Dje 19.12.2017.

“(…) o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes. A Lei n. 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta.”

Diante disso, vemos que a intenção do legislador é de proteger a vítima de violência, que estaria totalmente vulnerável a sofrer outros crimes, gerando crises de pânico, angústia e isolamento.

Para além do abordado, é importante destacar o aspecto de que para que o crime de descumprimento se caracterize, é indispensável a intimação do sujeito. Sobre isso, destaca Cabette²⁸:

“Caso haja dúvidas sobre a sua (do acusado) intimação e ciência, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, consectário do estado de inocência, o delegado de polícia não deve decretar sua prisão em flagrante e apenas registrar a ocorrência para que os fatos mais bem apurados em sede de inquérito policial.”

Por complemento, tem-se o §2º do artigo 25 que proíbe a concessão de liberdade provisória do agressor mediante fiança. Com esta medida, o legislador ampliou os rigores previstos na lei, assegurando os interesses da vítima em manter-se segura.

4.2.6.1 – Omissão de Comunicação de Violência Doméstica e Familiar Contra Crianças e Adolescentes às Autoridades Públicas

O artigo 26 da Lei Henry Borel traz o crime da omissão de comunicação às autoridades públicas a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra crianças ou adolescentes, bem como o abandono de incapaz.

Sobre esse crime, Cabette²⁹ faz as seguintes observações:

²⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 34.

²⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 39.

“Trata-se de crime “omissivo próprio”, pois a conduta configura inação, um não fazer. Isso significa dizer que não é possível a tentativa do crime previsto no artigo 26 da Lei Henry Borel, já que crimes omissivos próprios não admitem nunca a forma tentada.”

Em outras palavras, a mera prática do verbo núcleo do tipo, nesse caso, “deixar de comunicar” já configura a prática delituosa, passível de punição.

Além disso, o autor complementa explicando que *“o elemento subjetivo se reduz ao dolo, não havendo previsão de figura culposa eventualmente marcada pela negligência”*.³⁰

Portanto, já é considerado que o agente agiu de modo a querer o resultado ao omitir-se de comunicar a situação de violência às autoridades, sendo sua conduta passível de punição.

Há duas causas de aumento de pena (detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos) prevista nos §§1º e 2º do artigo 26. O §1º prevê aumento da pena em metade se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave e prevê que esta seja triplicada caso se resulta morte.

Sobre tais aumentos, Cabette³¹ traz as seguintes críticas:

“A lei deveria ter se referido ao aumento em face dos resultados lesões graves ou morte, não condicionando o incremento punitivo ao nexo de causalidade entre tais resultados e a omissão. Veja que a lei estabelece os aumentos “se da omissão resulta” e não simplesmente “se resulta”. E a melhor redação seria a segunda”

Tal problema implicará esforços desnecessários no momento da comprovação do nexo de causalidade entre a omissão e os resultados gravosos, coisa que simplesmente não aconteceria se o legislador tivesse optado por suprir a expressão “se da omissão”. Desse modo, a acusação terá de provar o nexo de causalidade, o que poderá gerar afastamento do aumento de pena em muitos casos caso não forem bem-sucedidos na tarefa da prova, uma vez ser tarefa difícil fazer uma prova de algo que não teve propriamente uma ação.

³⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 39.

³¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 46.

Já sobre o segundo caso de aumento de pena, previsto no §2º, leva em consideração uma qualidade especial do agente. A pena será aplicada em dobro se o crime for praticado por ascendente, parente consanguíneo até o terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima.

Quanto à palavra “ascendente” de modo amplo, significa que o parentesco pode ser consanguíneo ou legal, ou seja, pais biológicos ou pais adotivos.

No que tange aos parentes até o terceiro grau, o legislador especificou que será necessária a consanguinidade. Sobre isso, Cabette³² faz as seguintes observações:

“O aumento deveria alcançar parentes até o terceiro grau, independentemente de consanguinidade, já que tanto a Constituição Federal (artigo 227, §6º, CF) como o Código Civil e o ECA (respectivamente artigos 1593 c/c 1596, CC e artigo 41, ECA) não permitem distinções ou discriminações negativas”.

Desse modo, a falta de atenção do legislador a este preceito básico, a majoração não alcançará parentes até o terceiro grau que não tenham consanguinidade com a vítima, o que se mostra ineficiente na tarefa de proteger a vítima de forma plena e justa.

4.3 – AS ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei Henry Borel trouxe algumas alterações importantes para o Estatuto da Criança e do Adolescente. O seu artigo 29 altera, entre outros dispositivos, os artigos 136, 201 e 226 do ECA, conforme será discutido a seguir.

Ao artigo 136 do ECA, que trata sobre as atribuições do Conselho Tutelar, é acrescentado o inciso XIV, cuja redação é:

“atender à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, ou submetido a tratamento cruel ou degradante ou a formas violentas de educação, correção ou disciplina, a seus familiares e a testemunhas, de forma a prover orientação e aconselhamento acerca de seus direitos e dos encaminhamentos necessários”.

Desse modo, ampliou-se a competência do Conselho Tutelar, que agora passa a ser a primeira entidade que terá contato com a vítima ou testemunha, sendo sua obrigação

³² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 48.

fornecer as primeiras assistências necessárias e encaminhá-las para as demais autoridades competentes.

Além disso, os incisos XV a XVII e XX possibilitam ao Conselho Tutelar representar os interesses das crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica, uma vez que estas são incapazes de defender seus interesses.

Desse modo, o Conselho Tutelar passou a ter competência para requerer o afastamento do agressor do lar, requerer a concessão de medida protetiva de urgência bem como a revisão daquelas já concedidas, requerer a propositura de ação cautelar de antecipação de produção de prova e requerer a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionada à eficácia da proteção de noticiante ou denunciante de violência doméstica.

Assim, é perceptível que houve ampliação da proteção tanto da vítima de violência doméstica, como das testemunhas, denunciantes ou noticiantes.

Para além disso, o artigo 201 do ECA, que dispõe sobre as competências do Ministério Público, foi alterado de modo semelhante ao artigo 136. A Lei Henry Borel acrescentou o inciso de XIII, responsável por ampliar a competência do Ministério Público em casos envolvendo os protegidos pela lei.

O inciso permite ao Ministério Público “*intervir, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.*”. Essa intervenção se dá para garantir os interesses individuais da vítima, tanto na seara civil como na criminal.

Por fim, a Lei Henry Borel modificou o artigo 226 do ECA, ao qual foi acrescentado o §2º, de extrema importância. Esta norma veda a possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por penas de cesta básica ou de prestações pecuniárias, impossibilitando o abrandamento da punição.

4.4 – AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Além das novidades já abordadas, a Lei 14.344/22 criou uma nova modalidade de Homicídio Qualificado, mediante a inclusão do inciso IX no §2º do artigo 121 do Código Penal.

Desse modo, passa a ser hediondo todo homicídio perpetrado contra menores de 14 anos, podendo ocorrer as seguintes causas de aumento de pena:

Art. 121 (...) Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido: (...)

IX - Contra menor de 14 (quatorze) anos: (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Sobre a majorante incluída no §4º, é pertinente a seguinte observação:

“Relevante notar que a majorante do § 4º do art. 121 do CP já previa que sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze). Doravante, essa causa de aumento de pena restará prejudicada, uma vez que a mesma circunstância (menor de 14 anos) será utilizada para qualificar o crime (art. 121, § 2º, IX, CP), evitando-se, portanto, o bis in idem. Todavia, tal previsão encontra plena aplicabilidade em relação ao delito de lesões corporais (art. 129, § 7º, CP).”³³

Já para os casos envolvendo adolescente com idade a partir de 14 anos, poderá haver fixação da pena-base acima do mínimo legal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁴:

³³ _____. *Primeiras impressões sobre a Lei 14.344/22*. Minas Gerais: MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2022, p. 39.

³⁴ AgRg no HC n. 717.472/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.

“1. A circunstância de o homicídio ter sido praticado contra adolescente de 17 anos, de maior vulnerabilidade e que estava prestes a iniciar a vida adulta, extrapola a normalidade das elementares típicas nos crimes contra a vida.

2. Espécie na qual foi devidamente declinado, pela Jurisdição ordinária, o reconhecimento de elemento accidental na conduta que demonstrou a necessidade de apenamento mais gravoso. Em outras palavras, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada, pela constituição de fato que emprestou à conduta do Agente especial reprovabilidade e que não se afigura inerente ao próprio tipo penal.”

Além disso, a Lei Henry Borel alterou a redação do artigo 141, inciso IV do Código Penal, ao ampliar os casos de majoração dos crimes contra a honra, que antes abrangia apenas vítimas maiores de 60 anos ou deficientes e agora incluem crianças e adolescentes.

O inciso, entretanto, veda a aplicação diante da hipótese prevista no § 3º do art. 140 do CP, qual seja, ou injúria racial. Isso porque o legislador considera caso de *bis in idem*, ou seja, quando alguém recebe duas punições pelo mesmo crime. Sobre este ponto, Cabette³⁵ faz a seguinte observação:

“Agora a lei não faz a ressalva genérica de não aplicação do aumento com relação aos crimes de “injúria”, mas especificamente aos de “injúria qualificada”, previsto no artigo 140, §3º, CP. Isso é o correto. Quando um idoso ou deficiente for injuriado com elementos referentes à sua condição, o crime de injúria já será qualificado por tal motivo, de modo que não se justificaria mais um incremento punitivo pela mesma razão”.

Portanto, em casos envolvendo injúria racial, não se aplica a nova majorante trazida pela Lei, e sim, a hipótese já existente no Código Penal.

³⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 98.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no decorrer do presente trabalho, é certo que o direito da criança e do adolescente evoluiu bastante no Brasil desde a Constituição Federal de 1988, entretanto, ainda é passível de falhas.

A Lei Henry Borel veio em momento oportuno, trazendo maior proteção à vítima e reforçando normas essenciais preexistentes. Houve reforço na cautela no momento do atendimento das vítimas e das testemunhas, bem como destaque importante nas medidas protetivas de urgência, que são a base para manter a criança ou adolescente seguros enquanto não há a aplicação da medida justa contra o agressor.

As punições tornaram-se mais severas, não podendo as penas serem substituídas por penas de cesta básica, prestação pecuniária ou pagamento isolado de multa, reforçando a gravidade que possui um ato de violência contra infante-juvenis.

Além disso, a Lei mostra-se essencial ao não deixar dúvidas sobre obrigação da sociedade para com o combate da violência doméstica e familiar envolvendo crianças e adolescentes. O Estado tem a missão de criar normas e garantir os direitos, entretanto, isso não é suficiente. É necessária cooperação direta dos parentes, vizinhos, amigos, ou qualquer outro tipo de pessoa que presenciar um caso de violência. A identificação dos culpados é de suma importância para que a justiça seja feita e também para que possa haver redução expressiva do número de casos.

Em suma, a Lei contribui para uma punição mais efetiva dos culpados e para uma proteção mais cuidadosa e eficiente das vítimas e das testemunhas.

BIBLIOGRAFIA

AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): temas relevantes*. São Paulo: Mizuno, 2022.

COSTA, Adriano Sousa, **ARAÚJO**, Anderson Marcelo de. *Temas Controversos da Lei Henry Borel*. 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policial-temas-controversos-lei-henry-borel>> Acesso em 26/10/2023.

COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos; **ARAÚJO**, Denílson Cardoso. *Código de Menores: 80 anos.: Mello Mattos: a vida que se fez lei*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10879/codigo-de-menores-80-anos>> Acesso em 18/10/2023.

GRELLET, Fábio. *Caso Henry Borel e Linha Direta: relembre morte de menino de 4 anos na Barra da Tijuca*. Disponível em <<https://www.estadao.com.br/brasil/caso-henry-borel-entenda-o-que-aconteceu-com-o-menino-de-4-anos-morto-na-barra-da-tijuca-nprm/>> Acesso em 27/08/2023.

MACEDO, Márcia. *Código de Hamurabi: olho por olho, dente por dente*. 2020. Disponível em <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi>> Acesso em 25/08/2023.

MASSON, Cléber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

SANNINI, Francisco. *Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores*. 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protecao>> Acesso em 24/10/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOTTO MAIOR NETO, Olímpio de Sá. *Destituição do pátrio poder e colocação em lar substituto – uma abordagem crítica*. São Paulo, publicado pelo Ministério Público de São Paulo, 2001.

TRENNEPOHL, Anna Karina Omena Vasconcellos. *Riscos de revitimização de crianças e adolescentes e a necessária implantação do depoimento especial*. 2022. Disponível em <<https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/textos/riscos-de-revitimizacao-de-criancas-e-adolescentes-e-a-necessaria-implantacao-do-depoimento-especial/>> Acesso em 25/10/2023.

____. Caso Bernardo: da morte do menino à condenação de Leandro Boldrini, relembre a cronologia do caso. 2023. Disponível em <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/03/23/caso-bernardo-da-morte-do-menino-a-condenacao-de-leandro-boldrini-relembre-a-cronologia-do-caso.ghtml>> Acesso em 27/08/2023.

____. *Primeiras impressões sobre a Lei 14.344/22*. Minas Gerais: MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2022.

STJ, HC 338.613/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Dje 19.12.2017.