

O valor probante do depoimento infantil

Adriano Feranandes Ferreira, mestre pela Universidade Gama Filho - UGF, área de concentração Direito, Estado e Cidadania. Advogado militante e Professor de Processo Penal na Associação Vilhenense de Educação e Cultura - AVEC.

Resumo:

Dois pontos são relevantes para se observar no depoimento infantil: a imaturidade e o temor da sugestionabilidade, sendo que ambos podem interferir neste meio de prova. Todavia, desde que o depoimento infantil seja corroborado com outros elementos probatórios poderá o magistrado sustentar sua decisão com fundamento nesta prova.

Abstract:

Colon they are excellent to observe itself in the infantile deposition: the immaturity and the fear of the sugestionabilidade, being that both can intervene with this evidence. However, since that the infantile deposition is corroborated with other probatory elements will be able the magistrate to support its decision with bedding in this test.

Palavras-chave: depoimento infantil, valor probante, prova, imaturidade e sugestionabilidade.

Word-key: infantile deposition, probative value, test, immaturity and sugestionabilidade.

Introdução

Processo é instrumento de justiça. Daí porque o princípio da instrumentalidade inerente ao processo penal exige interpretação maleável, sob pena de sufocar o direito material *in concreto*.

Diferente do que muitos pensam, a lei processual civil e a processual penal ao serem interpretadas, o raciocínio dogmático deve ser focado conjuntamente com o raciocínio zetético, para que o Poder Judiciário faça Justiça.

Deve-se ressaltar que os enfoques zetético e dogmático não se excluem, mas se complementam: na atividade judicial, o elemento dogmático é o principal pilar da manutenção da estabilidade, aumentando a previsibilidade das decisões e o nível de segurança jurídica; já o elemento zetético fornece a flexibilidade necessária para a adaptação do direito às novas realidades, dando margem a soluções adequadas às responsabilidades sociais e políticas da ciência jurídica atual.

É imprescindível que o operador do direito no caso concreto, se desligue da letra fria da lei e de sua própria ideologia, buscando a racionalidade e o espírito de justiça.

O Estado busca a efetivação da justiça no processo penal solucionando o caso penal, decorrente do direito de punir do Estado e do direito de liberdade do acusado.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o caso penal de atentado violento ao pudor ou estupro no qual o sujeito passivo seja uma criança.

O Código do Manu, o direito romano, bem como o direito bárbaro, dispunham sobre a incapacidade absoluta dos menores em prestar depoimento, salvo em raríssimas exceções, como, *v.g.*, quando fato a ser testemunhado tivesse ocorrido em lugar ermo, nesse caso o depoimento do menor seria igualado ao do alienado mental (Código de Manu, Liv.III).

No direito brasileiro as Ordenações Filipinas (Liv. III,Tít.56, n. 6), faziam ressalvas em relação ao depoimento dos infantes:

Os menores de quatorze anos não podem ser testemunhas em nenhum feito. Porém havemos por bem, que os julgadores, em feitos crimes muito graves perguntem aos menores de quatorze anos sem juramento, por falta de outra prova, para se informarem da verdade, para não ficarem os delitos graves sem castigo.

Já no Código de Processo Criminal de 1832, no art. 89 e também no Código de Processo Penal vigente, art. 202, há disposição quanto ao princípio geral, que *toda pessoa poderá ser testemunha*, entretanto, não prestará compromisso legal o menor de 14 anos (artigo 208, CPP).

Deve-se definir o grau de valoração do depoimento infantil, já que o Código de Processo Penal não o faz, assim aplica-se o dispositivo legal, porém, com uma interpretação restritiva evitando cometer injustiças pois a criança não tem o discernimento entre: o real e o imaginário, a liberdade e o cárcere privado, o certo e o errado, a mentira e a invenção etc.

Para Gorphe:

“Construye bajo la influencia de sugestiones extrañas. Es raro una sugestión no intervenga en la falsa acusación de

un niño. El niño, personalidad en formación, es accesible a todas las sugerencias: esto es lo que permite educarlo; esto es también lo que hace, a menudo, inconscientemente, alterar la verdad”,

“la sugestión se transmite fácilmente de un niño a outro, sobre todo en las cuestiones sexuales, que ignoran, pero que ejercitan extraordinariamente su curiosidad.”¹

O depoimento infantil não obedece o brocardo em latim "*ex ore parvulorum veritas*", no qual a verdade flui da boca dos pequenos.

Como é de conhecimento, o menor impúbere é extremamente sugestionado, devendo seu depoimento ser admitido, porém, com ressalvas.

Os pontos controversos são a imaturidade e o temor da sugestionabilidade, onde ambos podem interferir no depoimento infantil. No entanto, se o depoimento infantil for corroborado com outros elementos probatórios e versar sobre fato de fácil compreensão intelectual e simples percepção visual, passará ele a possuir valor acrescido por presunção da pureza de sentimento do menor depoente.²

Vejamos a posição sustentada por inúmeros Tribunais em seus acórdãos, para que seja inquirida um menor impúbere:

Posição I – todos os depoimentos podem ter valor equivalente, e a idade das testemunhas não constitui, por si só, elementos para diminuir-lhes o grau de certeza;

Posição II – não se leva em consideração o testemunho infantil, pois as crianças são dotadas de imaginação muito fértil e são facilmente influenciáveis;

Posição III – o depoimento de crianças deve ser observado com reserva, e só aceito como expressão da verdade quando seus relatos guardam coerência de depoimento e linguagem, são harmônicos com o restante das provas e encontram apoio em depoimentos de testemunhas adultas.

Observa-se que em dois momentos a vítima, menor de idade, presta depoimento pessoal, no inquérito policial e em juízo. No primeiro depoimento, perante a autoridade policial, relata os fatos com emoção, tendo em vista estarem recentes

¹ GORPHE. La crítica del testimonio. 3ª ed., p. 110.

² SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. Breve comentário sobre a prova no Direito Processual Penal.

(frescos). Porém, no segundo momento, em juízo, relata fatos distorcidos e influenciados pelo desejo de vingança dos seus entes próximos. E, esse depoimento é sopesado pelo magistrado ao proferir a sentença de mérito.³

³ Processo-crime - Autos nº 075/94 - Capitulção: arts. 214, 233 c/c o art. 224, letra "a", todos do Código Penal.

A representante do Ministério Público em exercício na Vara Criminal da Comarca de São José, em 18.03.94 ofereceu denúncia em face de A.A.M., (...) pela prática do seguinte fato delituoso descrito na denúncia, "verbis":

"O denunciado, há cerca de quatro meses, abriu o estabelecimento comercial "L.S.", situado à ... - Kobrasol, onde efetuava a venda de gêneros alimentícios. Neste mesmo período, passaram a freqüentar o local várias crianças, com o objetivo de comprar mercadorias. Foi assim, que, A.A.M., com o intuito de angariar-lhes a confiança, presenteava-as com guloseimas, ao mesmo tempo em que, em retribuição, solicitava beijos na boca, ou carícias íntimas para satisfação de seus instintos pervertidos.

Desta forma, a menor S. S. R., por várias vezes, tendo ido à loja do denunciado, foi assediada por ele, que solicitava-lhe beijos em troca de balas, tentando, inclusive, em uma das oportunidades, baixar sua blusa para satisfazer sua lascívia, observando os seus pequenos seios, já que a menor conta com apenas 10 anos de idade. Tais fatos foram presenciados pela menor M.N, também com 10 anos, a qual também foi assediada pelo tarado que tentou baixar-lhe a blusa, sem lograr êxito.

A pequena vítima M.D.R.S., 09 anos de idade, foi, de igual forma assediada por A.A.M., que dava-lhe balas e chocolates, sob a condição de que baixasse as calcinhas, deixando-lhe passar a mão nos peitos e parte genital. Nessas oportunidades, em que estava com a menina, o denunciado, fez com que sentasse em seu colo, passava-lhe as mãos, abria o zíper e mostrava-lhe o seu pênis, enconstando-o em sua vagina, fato repetido por ele, mais de duas vezes.

A.R., contando com 10 anos de idade, era outra das freqüentadoras do estabelecimento e recebia balas e chocolates, deixando, para tanto, que o denunciado passasse as mãos em seus peitos e nádegas, além de tentar sentá-la em seu colo e fazer-lhe carícias para satisfazer sua lascívia. Sempre que isto ocorria, A.A.M. abria o zíper da calça, mostrando o órgão genital às crianças e dizendo tratar-se de "Roberto Carlos".

A menor T.N., com 09 anos de idade, a exemplo de suas coleguinhas, teve sua blusa baixada por A.A.M., além de seios e nádegas acariciados. Em outras ocasiões, valendo-se da tenra idade da criança, o denunciado fez com que baixasse as calcinhas, passando as mãos em seus órgãos genitais. Outras, ainda, mostrava-lhe o pênis atrás do balcão.

P.C.T., com 10 anos de idade, também recebeu nessa época balas em troca de beijos e carícias libidinosas em partes genitais. Numa das vezes, A.A.M., levando-as a um canto, desenhando o seu pênis, chamando-o se ("sic") "Roberto Carlos" e mandou a garota desenhar sua vagina, denominando-a de "Vanderléa". Retirou ainda o seu órgão genital, mostrando-a ("sic") para a menina por várias ocasiões. No dia 05 de março de 1.994, A.A.M. , chegou a fechar a porta da loja, com P.C.T. em seu interior, quando, assustada, a criança ameaçou-lhe de relatar os fatos a seu pai, fazendo-o soltá-la do estabelecimento."

Pediu o Ministério Público a condenação do réu nas penas dos "artigos 214, 233 c/c o artigo 224, letra "a", em continuidade delitiva e concurso material, de acordo com o que preceituam os artigos 71 e 69, todos do Código Penal".

(...) - pode se reconhecer dúvida sobre depoimento infantil isolado, mas não quando há mais de um e harmônicos, inclusive com apoio em declarações da mãe de uma das crianças. (...) A defesa apresentou alegações finais às fls. 183/196, pediu a absolvição do réu e aduziu, resumidamente, que:

- nenhuma testemunha presenciou qualquer atitude suspeita do réu;
- apenas deduziu-se a ação criminosa pela entrega de brindes destinados a angariar e manter freguesia;
- (...)- o presente processo é uma vindita contra o réu;
- a acusação se baseia em depoimentos infantis que devem ser rigorosamente analisados (neste sentido a defesa trouxe orientação doutrinária e jurisprudencial); os depoimentos das mães e parentes devem ser recebidos com reservas;

SUMA DOS FATOS:

(...) onde as crianças vítimas compravam gêneros alimentícios e recebiam guloseimas de presente, ao mesmo tempo em que eram solicitadas a beijar-lhe a boca e acariciar-lhe intimamente para satisfação de sua lascívia; além disto o réu ainda praticava ato obsceno dentro da loja.

SOBRE A FORÇA E HARMONIA DE DEPOIMENTOS INFANTIS:

A imaturidade da criança influencia em seu depoimento?

É um fator importante para o desenvolvimento psíquico, a atividade funcional provocada pelas situações reais, fato insuficiente no espírito infantil. Falta a criança experiência de vida, elemento indispensável para o bom entendimento e crítica da realidade fática.

Um comparativo entre uma criança e um adulto, apreciadas as funções mentais de cada um mostra que a percepção do adulto se opõe a realidade global, já a memória infantil é na prática prejudicada por sua menor atenção e pela pobreza de suas associações, de seus sonhos e imaginação.

A defesa, em longas e substanciosas alegações finais, disse que nenhuma testemunha foi ouvida e que a acusação está baseada em depoimentos infantis e calcada em declarações de parentes das vítimas, sendo a prisão e o processo uma vingança contra o acusado, devido a problemas de condomínio.

É inegável que a doutrina e a jurisprudência mantém os depoimentos infantis em posição de intensa reserva. Porém, no caso em apreço não se trata de apenas um depoimento, mas sim de vários, todos convergindo para uma única conclusão em termos de materialidade e autoria. As declarações das menores vítimas formam um conjunto probatório fortíssimo contra o acusado. A materialidade, a forma de atuação do acusado, as circunstâncias que envolvem o caso, tudo encaminha-se para um único ponto.

A decisão trazida pelo Dr. Promotor de Justiça em suas alegações finais aplica-se com precisão à hipótese destes autos:

"Dúvidas do depoimento isolado de uma criança é admissível, pois há a hipótese de ser fantasioso ou insinuado. Mas do de duas crianças em depoimentos que se harmonizam e ainda encontram apoio nas declarações de sua mãe, é que não" (TJSP - AC - Rel. Lauro Malheiros - RT 557/320).

Cumprido salientar que a tomada das declarações, notadamente das vítimas, realizei com muito cuidado. As pessoas iniciavam expondo os fatos sem intervenção inquiritória; somente depois de terem descrito os fatos é que perguntas foram feitas. Veja-se, por exemplo, nas declarações de M.D.R.S., às fls. 124, que foi anotado: "Responde a informante a perguntas específicas do Juiz dizendo ..." Cuidei também para que as vítimas não fossem ouvidas sem a presença dos pais e longe do réu; neste sentido, logo no início da audiência, conforme se pode colher do termo de fls. 131, estabeleci o seguinte: "Aberta a audiência, inicialmente foi estabelecido pelo Juiz a seguinte pauta de trabalho na audiência: primeiramente serão ouvidos os pais das vítimas e depois as vítimas, de tal modo que ouvido o primeiro pai, em seguida se ouve a vítima, e assim sucessivamente até que todos sejam inquiridos, isto com a finalidade do pai se fazer presente na sala de audiência quando do depoimento de cada qual das crianças; também ficou estabelecido que durante a ouvida das crianças o acusado deverá se retirar da sala de audiência e na tomada de declarações dos adultos deverá retornar." Várias são as vítimas e as declarações por elas prestadas harmonizam-se, inclusive com as dadas por seus pais. As divergências, se é que existem, são mínimas, e antes de fragilizar as provas, na verdade fortalecem a conclusão de que as vítimas e seus pais somente disseram a verdade.

A harmonia entre as declarações é tamanha que pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que se a conclusão for outra, que não a condenação do acusado, estar-se-á entregando inarredavelmente, não somente as vítimas deste processo, mas também outras crianças, à ação irrefreável da ilimitada consupiscência dos sátiros.

APLICAÇÃO DA PENA:

O réu agiu com culpabilidade de elevado grau. Seus antecedentes são bons. Sua conduta social, pela prova que trouxe ao processo, abstraindo-se os fatos destes autos, é boa: vide certidões de fls. 106 e 112 a 114. A sua personalidade revela desvio da libido, mas deixo de considerar isto nesta fase de fixação das penas bases por constituir-se esta circunstância em elementar dos próprios delitos. Os motivos dos delitos foram ditados pela irrefreável concupiscência do réu, mas também isto é parte integrativa dos crimes, pelo que não pode ser computado aqui. As conseqüências dos crimes foram graves, tendo em vista a experiência traumática para as vítimas, que não apenas se submetaram, pela ação do réu, à concupiscência deste, mas também tiveram que quedar-se em longos e intermináveis depoimentos policial e judicial. O comportamento das vítimas não cooperou para as práticas delitivas. (...)

DISPOSITIVO:

Hélio Gomes, especialista no tema sobre depoimento infantil, preleciona que *a criança não somente não diz a verdade, mas é incapaz de dizê-la, porque lhe é impossível discerni-la.*⁴

Ainda:

“(...) a criança é extremamente maleável: aceita todas as sugestões. A imaginação lhe domina a atividade mental. O romanesco e as aventuras heróicas a fascinam. Daí a tendência a fabulação e a mentira mais ou menos consciente.”⁵

Adalberto Aranha, no mesmo sentido, adverte que o testemunho infantil merece ressalvas, pois é deficiente e perigoso. Para ele, se a criança, por sua natureza, é imatura psicologicamente, dotada de forte imaginação e grande sugestibilidade, além de mentir por imaturidade moral, não se pode confiar plenamente em suas narrativas.⁶

Quanto a sugestionabilidade é um dos vícios do depoimento infantil, entre muitos outros, subtraindo-lhe a credibilidade, tornando-se insuficiente para, por si só, fundamentar uma sentença condenatória.

O depoimento dos menores requer, em especial, acurado exame, visto que os poderes de percepção, de atenção, de memória se desenvolvem com a idade, faltando nos infantes o freio da crítica, e a fantasia substitui os dados da realidade pelos fantasmas da sua imaginação.

Neste sentido o mestre Tanzi avalia o depoimento infantil, senão vejamos:

“Constantemente os depoimentos infantis apresentam lacunas, erros e incertezas, que os tornam perigosíssimos, sobretudo quando haja em meio o elemento da sugestão. Na infância, a atenção é menos energética e a fantasia mais livre, não recebendo o freio da crítica, que só se

EX POTESTATE LEGIS, julgo procedente em parte a denúncia para, relativamente ao acusado A.A.M., já qualificado: (...)

⁴ GOMES, Hélio. Medicina legal. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1.989, p. 237).

⁵ *Idem. Ibidem,*

⁶ ARANHA, A J. Q. T. C. *Idem. Ibidem.*

organiza com a sistematização da experiência”. E conclui:

“de modo a conduzir a depoimentos totalmente falsos.”⁷

A doutrina equipara o depoimento infantil aos sonhos, às quimeras, à imaginação artística, mística e mitológica e aos delírios, colocando em evidência a falta de valor probante do depoimento infantil.

Até uma certa idade a criança não tem a percepção do certo e do errado, não concebendo a verdade em si mesma. Então fica um questionamento, porque dizer a verdade ou a mentira?

Valor probante

Os psicólogos que se dedicam ao estudo da personalidade da criança tem concluído, de forma unânime, que o depoimento infantil, de um modo geral não merece crédito.

O ponto fundamental da questão é estabelecer qual o limite de idade para a aceitação do depoimento da criança, uma vez que a adolescente amadurece precocemente em relação ao adolecente. No entanto, o legislador fixou uma mesma idade para ambos os sexos.

O testemunho infantil quando se trata de crime contra os costumes merece credibilidade desde que esteja consubstanciado com outros elementos probatórios, não pode o magistrado se impressionar tão somente com os fatos narrados pelo menor, devendo levar em consideração as provas periciais e a afirmação de outras testemunhas.

Não obstante as restrições que lhe são feitas por processualista, psicólogos, psiquiatras e pedagogos, muitas vezes as declarações de menores são acolhidas e consideradas como expressão da verdade, servem de lastro a decisões condenatórias. Isso quando seus relatos guardam coerência, são harmônicos com o restante das provas.

Quanto à confiabilidade do depoimento infantil, mormente em se tratando do delito de atentado violento ao pudor, a jurisprudência tem seu próprio posicionamento, *in verbis*:

“PROVA – Depoimento infantil – desvalia quanto ao não amparo por testemunho de adulto e coerente com os fatos

⁷ In.RT – 621 de julho de 1.987, p. 327.

– Absovição do réu decretada – Apelação provida – Inteligência do art. 202 do CPP.

Indiscutível a precariedade do testemunho infantil, pela sugestionabilidade e fantasia que apresenta. Consequentemente, só poderá ser aceito como prova se corroborado por testemunhas adultas, guardando seu relato certa coerência com os fatos”⁸

“PROVA – Matéria criminal _ Depoimento infantil – Vítima de estupro – Reserva na sua apreciação – Contingente probatório frágil, que, isoladamente, não pode esteiar uma condenação.

Frágil é o contingente probatório emanado do depoimento prestado por criança de poucos anos de idade. Mínima é a sua capacidade de percepção, memorização e reprodução do observado, além do que, em sua inocência, não distingue a verdade da mentira, nem o alcance moral de suas afirmações.”⁹

“PROVA – Matéria criminal – Testemunho infantil – Declarações da vítima do crime contra os costumes – Validade, se amparado por outros elementos dos autos – Revisão indeferida.

Sem dúvida que há de se examinar com cautela o testemunho infantil, conhecida, como é a fertilidade da imaginação da criança, capaz de levá-la a afirmações inverídicas. Desde, porém, que não apareça isolada nos autos, encontrando amparo em outros elementos, não deve ser desprezado, mormente quando prestado por vítima de crime contra os costumes.”¹⁰

O que não se pode negar, por irrecusável, é que o testemunho, qualquer que seja a idade, é sempre falho para nele se assentar a verdade.

⁸ Ap. 452.141-9 – 2ª C. – j. 25.6.87 – rel. Juiz Pedro Gagliardi. In: RT 621/325.

⁹ N.º 48.070 – Tanabi _ Apelante : A Justiça Pública – Apelado : José Bento Gomes. In: RT 251/130

¹⁰ N.º 91.496 – Rio Claro – Peticionário: Rubem Fonseca. In: RT 388/110.

Não obstante tais e tantas restrições aos depoimentos infantis, vezes há em que as declarações judiciais, de menores de pouca idade, são acolhidas e consideradas expressão da verdade muitas vezes que os crimes contra os costumes são crimes cometidos às escondidas.

Tourinho Filho baseado em Fenech afirma que:

“dada a finalidade do processo penal, as circunstâncias podem ocorrer em um fato delitivo e a liberdade dos julgadores na apreciação das provas, a capacidade para ser testemunha é de uma amplitude e extraordinária”.

E continua, a sua exposição: "Assim, nada impede que uma criança de oito anos comparecer em juízo para depor sobre fatos aqui, porventura, tenha assistido. Cumprirá a julgador, nessa hipótese, tomar as necessárias precauções, atribuindo a tal depoimento o valor que merecer ante aos demais elementos de convicção."¹¹

Realmente, um menor de 18 anos tem capacidade para ser testemunha e não têm para se imputado.

Vincenzo Perchinunno adverte que o juiz ao acatar o testemunho do infante, deve fazê-lo *con motivazione logica e pertinente, purchè il suo potere discrezionale non trasmodi in arbitrio*.¹²

Todavia, antes do audiência de interrogatório se faz mister um exame psicológico, que tem por objetivo verificar o grau de maturidade mental e moral da criança, bem como as eventuais falhas de seu psiquismo.

Desta forma colhido o depoimento deve o magistrado aplicar o conhecimento geral da falibilidade do testemunho humano e, em especial, as falhas peculiares do testemunho infantil, observando-se com atenção, o vocabulário usado pelo infante.

Com essas observações o magistrado poderá separar o *joio do trigo*, e colher no depoimento infantil, aquilo que de verdadeiro se aproveite para o processo.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 6ª ed., Saraiva : São Paulo, 1.982.

¹² PERCHINUNNO, Vincenzo. limiti soggettivi della testimonianza, cit., p.36. *Apud.* AQUINO, José Carlos G. Xavier de. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. 3ª ed., São Paulo : Saraiva, 1.995, p. 75.

O depoimento infantil deve merecer valor probatório quando a criança relata fatos de simples e fácil percepção visual ou de outro sentido, porque em regra se presume a pureza do menor, o que lhe concede a credibilidade.

A criança mente por má-fé, por medo ou sugestionada, a criança pode ser testemunha, mas o seu depoimento deve ser levado em conta com o conjunto probatório.

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Ferreira. Lições de medicina legal. 16ª ed., São Paulo: Nacional, 1.979.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.995.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. Da prova no processo penal. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.987.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro: Ed. Borsói, 1.955.

GRACE JR., Delton. GRACE, Delton. Medicina legal. São Paulo: Saraiva, 1.996.

GOMES, Hélio. Medicina legal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.989.

GORPHE. La crítica del testimonio. 3ª ed., p. 110.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2ª vol., São Paulo: Saraiva, 1.985.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. 3ª ed., São Paulo: Saraiva.

PERCHINUNNO, Vincenzo., Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972.

SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. Breve comentário sobre a prova no Direito Processual Penal. In: www.buscaLegis.ccj.ufsc.br pesquisado em 27 de abril de 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 6ª ed., São Paulo: Saraiva 1.982.