

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-792X
#728807792000
00003>
Edição 101 - Dezembro de 2008
R\$ 16,90

ROBERTO VALLIM BELLOCCHI
PRESIDENTE DO TJ/SP

A GESTÃO DO MAIOR TRIBUNAL DO MUNDO

Editorial: EQUILÍBRIO, PRUDÊNCIA E UNIÃO

ENSAIO SOBRE O TESTEMUNHO INFANTIL

Alexandre Chini

Juiz de Direito do TJ/RJ

Introdução

Todos aqueles que militam nas varas de competência criminal certamente já se depararam com hipóteses em que a responsabilidade penal do réu é trazida ao processo através do chamado testemunho infantil, consubstanciado no depoimento de crianças.

A questão que se propõe é justamente esta: um conjunto probatório baseado exclusivamente no testemunho de crianças é suficiente para sustentar um decreto condenatório?

Para a perfeita solução da questão, revela-se necessária uma breve análise do sistema de provas no Código de Processo Penal.

Do sistema de provas

Pois bem, deve-se consignar, desde logo, que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal noticia a adoção do princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional, aduzindo o seguinte:

VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado de certeza legal (...) Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, (...) nem é prefixada uma hierarquia de provas (...) Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.

Referido princípio vem materializado em nossa legislação processual penal no art. 157 do Código de Processo Penal,

na medida em que diz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Nesse enfeixe, os arts. 239 e 408 do Código de Processo Penal também encampam o sistema de livre convicção.

Destarte, segundo a sistemática idealizada pelo Código Processual Penal, o juiz pode fundamentar sua decisão através de livre convicção, motivada por qualquer meio de prova válido, dentre eles o indício.

Assim sendo, nada impede que o magistrado, em uma contração lógica, levando em consideração circunstâncias conhecidas e provadas, por indução, conclua pela existência da responsabilidade penal do acusado, baseado na prova indiciária, desde que, evidentemente, esta se revista dos requisitos de gravidade, precisão e concordância. Em outras palavras, significa dizer que esses indícios podem assumir a condição de prova suficiente ao decreto condenatório.

O art. 329 do Código de Processo Penal considera indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do Código de Processo Penal). Resumindo, “indício é o fato provado que, por sua ligação com o fato probando, autoriza a concluir algo sobre esse”.¹

Assim, se o julgador se convencer da existência do crime, bem como da existência de indícios sérios, suficientes e concretos, impregnados de elementos positivos de credibilidade, relativos à autoria da infração penal, poderá,

Foto: Mariana Bueno



“A QUESTÃO QUE SE PROPÕE É JUSTAMENTE ESTA: UM CONJUNTO PROBATÓRIO BASEADO EXCLUSIVAMENTE NO TESTEMUNHO DE CRIANÇAS É SUFICIENTE PARA SUSTENTAR UM DECRETO CONDENATÓRIO?”

só com base nesses elementos indiciários, proferir decreto condenatório.

Valor jurídico dos meios de prova

De início, impõe-se registrar que, muito embora possa o magistrado proferir decreto condenatório com base em qualquer meio de prova, esse livre convencimento não pode prescindir de certas regras que compõem a sistemática probante como um todo. De fato, a questão do valor jurídico dos meios de prova é questão de direito, até porque o livre convencimento não quer dizer mero arbítrio na apreciação das provas².

O tema torna-se relevante quando se enfrenta a questão referente ao testemunho infantil.

Efeitos jurídicos do testemunho infantil

Segundo a regra do art. 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa poderá ser testemunha, não sendo tomado o compromisso a que alude o art. 203 do CPP aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, art. 208 do CPP, nem às pessoas ligadas ao acusado por laços afetivos ou de consangüinidade, art. 206 do CPP.

Diz-se que a prova testemunhal tem a finalidade de resgatar a verdade histórica dos acontecimentos, através do depoimento das pessoas que tomaram ciência de determinado fato, de forma direta ou indireta, na busca, juntamente com outros meios de prova, da certeza necessária para a elaboração de uma decisão judicial.

Quanto mais próximo, direto e imediato o contato da testemunha com o fato, maior o valor do seu depoimento; até porque a prova testemunhal é como água das corretezas: quanto mais se afasta de suas fontes mais se altera³.

As crianças, igualmente, podem testemunhar, inexistindo qualquer óbice para que assumam e desempenhem essa função, observadas as ressalvas do art. 208 do CPP.

Na pureza de espírito das crianças, na sua ingenuidade e ausência de malícia, já se consignou que os depoimentos infantis são tidos como a exata expressão da verdade.

Nesse sentido, podemos destacar algumas decisões que afastam a idade das testemunhas como fator de incerteza⁴.

Tratando-se de vítima menor de doze anos, ainda não menstruada, acolhem-se as declarações que prestou em juízo, minuciosas, denotando inocência, ignorância em matéria sexual e, por isso mesmo, merecedoras de fé. (RT 161/53)

A existência de crianças mentirosas não basta para averbar-se de suspeição geral o testemunho infantil. (RT 262/630)

Contudo, como adverte Fernando de Almeida Pedroso⁵, tal regra não é exata, isso porque: “falta à criança a experiência da vida, elemento indispensável para o bom entendimento e a crítica dos fatos (Lições de Medicina Legal. 11. ed. Companhia Editora Nacional, 1973, p. 557), motivo por que é extremamente maleável e vulnerável às sugestões, dominando-lhe a atividade mental e a imaginação. O

“MAS NÃO É SÓ ISSO, QUANDO DISPOSTAS A MENTIR, AS CRIANÇAS ENGANAM, ILUDEM, E INTENCIONALMENTE OCASIONAM GRANDES MALES. AS PESSOAS NÃO RESISTEM À PALAVRA DE UMA CRIANÇA, POR SUPOR SEMPRE A SINCERIDADE.”

romanesco e as aventuras heróicas a fascinam (Hélio Gomes. Medicina Legal. 16. ed. Freitas Bastos, p. 269)”.

Como se sabe, as crianças são mais vulneráveis à sugestão, possuindo uma memória que atende às expectativas do que “deveria acontecer” ou às expectativas ou pressões de terceiros, podendo, inclusive, ser sua narrativa falsa, fruto de uma distorção proposital dos fatos (mentira) ou de distorção da memória (falsa memória)⁶.

Mas não é só isso, quando dispostas a mentir, as crianças enganam, iludem e, intencionalmente, ocasionam grandes males. As pessoas não resistem à palavra de uma criança, por supor sempre a sinceridade⁷.

Evaristo de Moraes (*in* O Testemunho Perante a Justiça Penal. Editora Jacinto, 1939, p. 79) já alertava sobre o problema do depoimento infantil⁸. Floriam, em sua obra “*Delle Prove Penale*”, argumenta: “O testemunho dos menores requer um mais acurado exame, visto que os poderes de percepção, de atenção, de memória se desenvolvem com a idade”. “Ademais, falta neles o freio da crítica e a fantasia se desencadeia fortemente, substituindo os dados da realidade pelos fantasmas da sua imaginação”.

Enrico Atavilla, citado pelo magistrado Pedro Gagliardi, quando do julgamento da Ap. 452.141-9¹⁰, adverte: “o comportamento da criança pode facilmente induzir em erro: a criança mente, com frequência, de má-fé, mas não é raro acontecer deixar-se sugerir e deixar acreditar também em tudo aquilo que afirma”.

Por tais razões, inúmeros julgados têm lembrado o perigo consistente em se condenar alguém unicamente com base no chamado depoimento infantil, pela falta de sinceridade de que por vezes é cercado, podendo gerar a dúvida¹¹:

Frágil é o contingente probatório emanado de depoimento prestado por criança de poucos anos de idade. Mínima é a sua capacidade de percepção, memorização e reprodução do observado, além do alcance moral de sua afirmação. (RT 251/130)

Pouco ou quase nada pode esperar a prova criminal de depoimento de menores. Absurdo é pedir-lhes um testemunho verdadeiro; são incapazes de dizer a verdade, porque incapazes de compreendê-la. Tudo aconselha, pois, a deles duvidar, inclusive quando prestados por vítimas. (RT 225/117)

Contudo, afigura-se-nos que, entre estas duas posições, há de ser estabelecido um ponto de equilíbrio, buscando-se uma solução eclética. Até porque, face ao princípio da verdade real, deve o juiz buscar todos os meios lícitos de prova para atingir a certeza necessária à formação do seu convencimento.

A harmonia entre o depoimento e outros elementos constantes dos autos, deve ser avaliada sob o prisma da extensão, profundidade e segurança do conjunto probatório que deve delinear o convencimento a respeito da responsabilidade penal¹².

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 isolado nos autos, encontrando amparo em outros elementos, não deve ser desprezado, mormente quando prestado por vítima de crime contra os costumes. (RT 388/110) Malgrado a reserva, a prevenção mesmo, com que se deve acolher a palavra de menores, não é ela de ser rejeitada quando avulta um conjunto probatório que se afirma em extensão e profundidade, capaz de fundamentar, com segurança, um convencimento positivo a respeito da responsabilidade criminal. (RT 415/88)

Conclusão

A busca por esta harmonia probatória retira do julgador a difícil tarefa de tentar descobrir o material psíquico oculto, na mente da testemunha, da criança, livrando-o das dificuldades inerentes a tal investigação¹³.

Depois de alinhar as restrições que pesam contra a credibilidade do testemunho infantil, decorrentes da organização psíquica incompleta (defeitos de atenção; percepção sincrética e não analítica dos fatos; riqueza de imaginação; fragilidade de memória e extraordinárias emotividade e sugestibilidade), Enrico Atavilla conclui que as crianças são, todavia, “boas observadoras do que se passa em seu ambiente familiar. A sua casa é o seu reino: é o conjunto de percepções que, repetindo-se continuamente, se gravaram profundamente no seu cérebro. (...) São, além disso, muito zelosas de seus afetos familiares, e revoltam-se contra as intromissões, vêem logo um perigo em tudo aquilo que perturbe o normal desenvolvimento de sua vida”.

Recomenda, então, a exemplo de prescrições objetivas existentes em alguns países, a participação de peritos em psicologia como coadjuvantes do juiz, seja para vencer o estado inicial de inibição, seja para “conseguir tornar sincera a narração da criança” (Psicologia Judiciária, tradução de

Fernando de Miranda, 2. ed. Coimbra: Coleção Studium. Vol. I, pp. 76/111).

Conclui-se, portanto, que, devido a sua natureza especialíssima, o depoimento infantil deve ser colhido de forma a permitir a realização da instrução criminal com técnica apurada, a viabilizar uma coleta de prova oral rente ao princípio da veracidade dos fatos havidos¹⁴, como, por exemplo, na experiência do projeto “Depoimento sem Danos”, instrumento de humanização e aperfeiçoamento do ato processual¹⁵.

A preocupação com o tema tratado tem origem na própria experiência do cotidiano forense. Nessas poucas linhas, tentou-se tão-somente trazê-la à pauta face a sua relevância. Assim, diante da possibilidade do fato ser fruto da fantasia ou de ser reprodução de violências anteriores sofridas, tal testemunho deve ser confrontado com outros elementos de convicção e, se possível, acompanhado por uma equipe técnica qualificada.



NOTAS

¹ TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I, p. 460.

² Sobre o assunto, vale destacar parte do voto do Ministro Evandro Lins e Silva, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 40.609 - Guanabara, 15.7.1964, concedido pelo Excelso Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal que assentou: “Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se de seu conteúdo. Livre convicção não é a emancipação absoluta da prova, nem julgamento contrário à prova ou à revelia da prova. Não é, tão pouco, julgamento *ex-informata conscientia*, com o qual não se confunde, porque pressupõe unicamente a livre apreciação da prova, jamais a independência desta, no ensinamento de Manzini. (...) A liberdade da apreciação da prova pelo juiz está necessariamente subordinada à natureza do fato que deva ser provado”.

³ AYARRAGARAY, Carlos. Crítica do Testemunho. Salvador: Progresso, 1956.

⁴ RT 170/479, 392/315, 396/102, 157/618, 430/344, 496/268 e 420/89.

⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova Penal. 1. ed. Editora Aide.

⁶ Osnilda Pisa e Lilian Milnitsky Stein (RT – 857/457).

⁷ Motet, depois de transcrever as justas observações de Bordin, aduzia: “Nada conheço de mais emocionante do que a narração de uma criança contando os detalhes de um crime de que pretendia ter sido testemunha, ou vítima. A ingenuidade da linguagem e a simplicidade da encenação aumentam singularmente o interesse, impulsionam a confiança. Deixam-se os circunstantes facilmente dominar pela crescente emoção, logo seguida de indignação e da piedade que uma aventura monstruosa inspira.” (...) “Por processo compreensível, parentes, amigos, vizinhos, aceitam, sem maior exame, o fato, verdadeiro ou falso; ajuntam, incessantemente, novos detalhes, constituindo narração bem mais completa do que a primitiva; a criança se apodera de tudo isto, assimila a narração aperfeiçoada, e a reproduz, sem variantes, diante da magistratura, acusando com terrível precisão”. *Les Faux Temoignage des Enfants Devanti La Justice*, 1887, p. 7 e 8, LACASSAGEM, *Médecine Légale*, ed. 1906.

⁸ “No entanto, as conclusões científicas, alcançadas com intuítos outros, ilustram, sobremodo, os estudos dos psicólogos do testemunho. Pelo lado da moralidade, desfez a pedagogia a crença na bondade e na candura das crianças. Supunha-se, vulgarmente, que a criança não tinha maldade, adaptando-se a “amável ficção” de Platão e de Wordsworth. Demonstrou, em contrário, entre outros, Dr. Rassier que na criança sobrepua a tendência para o mal, sendo ela acessível a quase todas as paixões que atormentam o adulto. Pedagogos, criminólogos, policiais, magistrados, se ajustam na apresentação de casos em que se descobre o espírito malfazejo de crianças de tenra idade. Pais, mães, parentes próximos, imbuídos de justificado afeto, não divulgam as manifestações desse espírito; levam a conta de brincadeiras o que nada mais exprime do que satisfações do egoísmo, da vaidade, da inveja. “A presunção da inocência infantil cobre, por vezes, a pesada carga de paixões que precocemente se expandem”.

⁹ Milão: Casa Editora Francesco Vallardi, 1924. V. II/365.

¹⁰ RT 621/327.

¹¹ RT 178/582, 579/351, 195/354, 451/364, 604/332, 390/102, 407/110, 573/352, 442/376 e 621/324.

¹² RT 426/348, 446/378, 470/334, 497/320, 257/148, 256/45, 170/479, 417/95 e 430/344.

¹³ Freud *in* “A Psicanálise e a Determinação dos Fatos Jurídicos” (1906): “No neurótico, o segredo está oculto de sua própria consciência; no criminoso, o segredo está oculto apenas dos senhores (juizes). No primeiro existe uma autêntica ignorância, embora não em todos os sentidos, enquanto no último só existe uma simulação de ignorância”. (Freud, Volume IX, p. 102).

¹⁴ MS Nº 70.013.748.959, DV/M 89 – 16.2.2006 – p. 13, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, RS.

¹⁵ Experiência pioneira no Brasil, o projeto “Depoimento sem Danos” foi implantado em maio de 2003 na 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre – RS, com o objetivo de promover a proteção psicológica das vítimas, permitindo a realização de instrução criminal com técnicas mais apuradas, com a participação de especialistas, psicólogos e assistentes sociais.