

DEPOIMENTO ESPECIAL E VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL: UM OLHAR A PARTIR DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

*SPECIAL AFFIDAVIT AND SEXUAL VIOLENCE AGAINST
CHILDREN: ASPECTS FROM THE WITNESS' PSYCHOLOGY*

*DECLARACIÓN ESPECIAL Y VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL: UNA
MIRADA DESDE LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO*

*Mariana Moreno do Amaral**
*Gustavo Noronha de Ávila***

* Doutoranda no o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá (PR), Brasil.

** Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá (PR), Brasil. Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Maringá (PR), Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Perspectivas da produção da verdade e os direitos do acusado; 3 Depoimento infantil; 4 Vítima infanto-juvenil e o depoimento especial; 5 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo tem por principal objetivo a análise da oitiva da criança ou adolescente vítima nos crimes de violência sexual, mediante o paradigma de proteção do sistema de direitos das crianças e o direito da personalidade, perfazendo uma analogia com o depoimento especial, meio adotado pelo Brasil e normatizado pela Lei 13.431/17 e seus reflexos na sentença criminal. Desta forma, analisou-se o nível de proteção conferido pelo sistema processual penal brasileiro durante a colheita da prova testemunhal infantil na fase processual voltado às vítimas infanto-juvenis, visando as estratégias utilizadas para a redução de dor, ou seja, para minimizar a vitimização secundária e as distorções da memória causadas pelo próprio aparato estatal na apuração desses crimes, os quais comprometem a acurácia da prova penal, podendo resultar em condenações equivocadas. O trabalho apoiou-se na legislação constitucional e infraconstitucional para a verificação de falhas existentes no depoimento testemunhal infantil, no que se refere à prova e influência na decisão do magistrado. Estudos recentes das áreas das ciências humanas (Neurologia, Psicologia, Ciências Sociais, Pedagogia) têm contestado a força dos depoimentos das vítimas, principalmente em razão do fenômeno de falsas memórias, o qual compromete a acurácia da prova. O percurso metodológico da pesquisa tem como esteio uma concepção multidisciplinar do Direito, integrando diversas áreas como a Psicologia do Testemunho e a Psicologia Cognitiva, utilizando o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica teórica, a partir de uma metodologia analítico interpretativa, evocados a análise da estrutura legislativa geral composta por diversos tratados internacionais e leis e normas que abrangem o sistema de proteção de direitos das crianças de suma importância para atingir os objetivos propostos e a conclusão da pesquisa. Por fim, caracterizamos os perigos das distorções da memória nas prisões e condenações injustas e apontamos para a necessidade do reforço da observância do critério da inocência constitucional do acusado.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento especial; Direito da personalidade; Falsas memórias; Prova testemunhal infantil; Vitimização secundária.

ABSTRACT: Current paper analyzes the witness of the child or adolescent who has been the victim of sexual violence through the paradigm of the protection of the rights of children and personality rights. The above is achieved through an analogy with special affidavit employed in Brazil and normed by Law 13,431/2017 and its repercussions on the criminal sentence. Protection level given through the Brazilian penal system during the retrieval of children's witness during the processual phase

Autor correspondente:

Mariana Moreno do Amaral

E-mail: mariana.amaraladv@outlook.com

within the context of children and adolescent victims was analyzed. It aims at minimizing pain or secondary victimization, such as memory distortions caused by the state apparatus when probing the crimes. In fact, they may jeopardize the accuracy of penal proofs and may result in equivocated condemnations. Current research has been foregrounded on constitutional and infra-constitutional legislation to verify existing flaws in children's testimony and thus the influence on the judge's decision. Recent studies in Human Sciences (Neurology, Psychology, Social Sciences, Pedagogy) have questioned the robustness of the victims' affidavits, especially due to false memories which jeopardize the exactness of proofs. Research methodology is based on multidisciplinary stance of Law, coupled to different areas such as Psychology of the witness and Cognitive Psychology. The deductive method is employed through bibliographic research as from an interpretative analytic methodology, with an investigation on the general legislation structure composed of several international contracts, laws and norms that involved the protection system for children. This is highly important to reach the aims proposed and thus the conclusions. We would like to characterize distortions of memory in prisons and unjust condemnations, and insist on the need for reinforcement of the criterion on the accused's presumed constitutional innocence.

KEY WORDS: Special affidavit; Personality rights; False memories; Children's witness proof; Secondary victimization.

RESUMEN: En el presente artículo se tiene por principal objetivo el análisis de las audiciones del niño o adolescente víctima en los crímenes de violencia sexual, mediante el paradigma de protección del sistema de derechos de los niños y el derecho de la personalidad, cumpliendo una analogía con la declaración especial, medio adoptado por Brasil y normatizado por la Ley 13.431/17 y sus reflejos en la sentencia criminal. De esta forma, se analizó el nivel de protección conferido por el sistema procesal penal brasileño durante la recopilación de prueba de testigos infantil en la fase procesal volcado a las víctimas infanto-juveniles, visando las estrategias utilizadas para la disminución de dolor, es decir, para minimizar la victimización secundaria y las distorsiones de la memoria causadas por el propio aparato estatal en la apuración de esos crímenes, los cuales comprometen la precisión de la prueba penal y puede resultar en condenaciones equivocadas. El estudio se ancló en la legislación constitucional e infra constitucional para la verificación de fallas existentes en la declaración del testimonio infantil, en lo que se refiere a la prueba e influencia en la decisión del magistrado. Estudios recientes de las áreas de las ciencias humanas (Neurología, Psicología, Ciencias Sociales, Pedagogía) han contestado la fuerza de los testimonios de las víctimas, principalmente debido al fenómeno de falsas memorias, lo cual compromete la precisión de la prueba. La trayectoria metodológica de la investigación tiene como principio una concepción multidisciplinar del Derecho, integrando diversas áreas como la Psicología del Testimonio y la Psicología Cognitiva, utilizando el método deductivo, por intermedio de la investigación bibliográfica teórica, a partir de una metodología analítico interpretativa, evocados el análisis de la estructura legislativa general compuesta por diversos tratados internacionales y leyes y normas que abarcan el sistema de protección de derechos de los niños de gran importancia para alcanzar los objetivos propuestos y la conclusión de la investigación. Por fin, caracterizamos los peligros de las distorsiones de la memoria en las prisiones y condenaciones injustas y apuntamos para la necesidad del refuerzo de la observancia del criterio de la inocencia constitucional del acusado.

PALABRAS CLAVE: Declaración especial; Derecho de la personalidad; Falsas memorias; Prueba testimonio infantil; Victimización secundaria.

INTRODUÇÃO

O entendimento sobre a concepção da criança e do adolescente como sujeito de direitos, respeitada sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, que possui o direito (e não o dever) de participação nos processos em que são parte ou testemunhas, resulta na efetivação de seus direitos fundamentais e da personalidade, que são de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado.

Dessa forma, partindo do pressuposto que durante o processo investigativo (compreendendo não apenas o processo criminal, mas desde a revelação do abuso até o final da participação dessa criança ou adolescente em todos os órgãos envolvidos no seu acolhimento e oitiva), via de regra, é necessário que a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência sexual relate várias vezes e a diversas pessoas diferentes os fatos, o que pode ser tão ou mais traumatizante que o próprio ato que a vitimou.

Muitas vezes, o profissional que realiza a oitiva do menor não possui a capacitação adequada para compreender as peculiaridades de cada etapa do desenvolvimento infantil, tão pouco tem conhecimento sobre a sistemática do abuso sexual e técnicas de entrevista voltadas para a diminuição da vitimização secundária e formação de falsas memórias. Em razão disso, ao formularem perguntas de maneira inadequada, comprometem a veracidade e acurácia do testemunho, comprometendo a construção da prova.

Assim, o enfoque principal desta pesquisa está direcionado para a vítima infantil, partindo da sua oitiva, evidenciando as diferentes possibilidades de intervenção profissional, baseadas em técnicas de escuta em que a criança é submetida. Portanto, a análise baseia-se na constituição da prova testemunhal infantil e seu reflexo no Poder Judiciário, a partir de questionamentos voltados à aplicação de políticas criminais de redução de dor (como as estabelecidas na Lei nº 13.431/2017 e em especial a aplicação do depoimento especial), direcionadas a uma política de tutela às vítimas infanto-juvenis, à preservação da prova e à sentença criminal.

A prova testemunhal, por si só, é uma prova que exige do magistrado certa cautela, uma vez que é recheada de impressões e vivências pessoais da testemunha. Na apuração de crimes sexuais, o lapso temporal que vai do momento em que o crime é cometido até a instrução penal, bem como a ausência da correta aplicação normativa imposta pelo Código Penal, resulta na falta de diretrizes para que se aprenda a oitiva de vítimas e testemunhas da forma correta, contribuindo para a sugestionabilidade e a vitimização secundária.

A importância da presente pesquisa pauta-se na análise da oitiva da criança vítima ou testemunha de crime sexual, discorrendo sobre quão importante é a palavra da vítima, uma vez que é pacífico o entendimento de valorá-la em detrimento das demais provas, dadas as circunstâncias inerentes a este crime e sua natureza. Em que pese, nos crimes sexuais nem sempre se têm muitas alternativas para recorrermos a outras provas para compor o múnus probatório, utilizar, apenas o depoimento da vítima infantil, que tem sido inquirida e não ouvida da forma correta, cria uma atmosfera de insegurança jurídica.

Verifica-se que, com olhares voltados apenas para medidas de proteção adotadas para estas vítimas, tais medidas têm sido interpretadas de forma equivocada, resultando em uma preocupante dicotomia. Ao passo que se garante, ao mesmo tempo, há violação de direitos, tanto de vítima, quanto do acusado, tornando-se medida de punição para ambos. Dessa forma, podemos perceber que há ampla violação dos princípios e garantias fundamentais, como a Dignidade da pessoa humana, além da violação dos Direitos da personalidade, tanto das vítimas infanto-juvenis, como do réu, bem como a violação das suas garantias processuais.

Em suma, este trabalho tem a finalidade de, a partir da pesquisa aprofundada sobre o tema, promover uma investigação interdisciplinar, através do diálogo que é estabelecido entre as diversas áreas do saber a partir de uma concepção multidisciplinar, integrando a psicologia cognitiva aos problemas jurídicos. Assim, o percurso metodológico da pesquisa terá como esteio uma concepção multidisciplinar do Direito, indispensável para um pensamento crítico, além de ser o denominador comum das pesquisas interdisciplinares em torno do fenômeno jurídico.

Contará, portanto, com estudos baseados em documentos como material primordial, sejam revisões bibliográficas, sejam pesquisas historiográficas, extraem deles toda a análise, organizando-os e interpretando-os segundo os objetivos da investigação proposta.

O presente estudo se estruturará em três eixos teóricos. O primeiro eixo pende o olhar, inicialmente, para o outro viés da relação processual: o acusado. Nos crimes sexuais, em razão da natureza deste crime, o qual, muitas vezes não há muitas provas materiais ou periciais para compor o *múnus probatório*, com condenações pautadas inteiramente na valoração da palavra da vítima, ou seja, utilizando apenas o depoimento da vítima infantil nos casos de estupro de vulnerável, ou ainda, o relato de seu responsável, cria uma atmosfera de ampla insegurança jurídica.

Para tal, realizaremos uma breve análise do processo penal e dos sistemas processuais (inquisitório, acusatório e misto), e, o que chamamos de perspectivas de produção da verdade dentro do processo, realizando uma analogia com a lei que regula o depoimento especial e dos mecanismos que envolvem e constituem a prova, até se chegar à sentença criminal do crime de estupro de vulnerável.

O segundo eixo se estruturará a partir da Psicologia do Testemunho, ou seja, em subsídios científicos voltados para as distorções da memória infantil, para a prova testemunhal e para a oitiva da criança vítima de violência sexual, abrangendo os processos de vitimização (primária e secundária), para enfim, as técnicas de entrevista, protocolo NICDH e o Depoimento Especial.

Como metodologia de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica teórica, utilizando a metodologia analítico interpretativa, evocados à análise da estrutura legislativa geral composta por diversos tratados internacionais, leis e normas que abrangem o sistema de proteção de direitos das crianças, além da análise de conceitos doutrinários, voltados ao esclarecimento da Dignidade das vítimas infanto-juvenis e do acusado.

12 2 PERSPECTIVAS DA PRODUÇÃO DA VERDADE E OS DIREITOS DO ACUSADO

Nos crimes sexuais nem sempre se têm muitas alternativas para recorrermos a outras provas para compor o *múnus probatório*; todavia, utilizar, apenas o depoimento da vítima infantil nos casos de estupro de vulnerável, ou ainda o relato de seu responsável, cria uma atmosfera de insegurança jurídica.

Se, em um extremo, encontra-se a vítima, neste trabalho aqui representada pela criança que, em nossa sistemática processual atual, desempenha um papel fundamental na apuração de crimes sexuais contra vulneráveis, sendo de extrema importância para a atividade probatória, uma vez que é das suas palavras e memória que se depreende a sua oitiva.

Noutro extremo encontra-se o acusado, possível autor da infração penal. Outro personagem importante na equação que resultará na sentença. Se por um lado devemos ter a consciência que a criança é sujeito de direitos, na mesma esteira, devemos também considerar que o acusado faz parte fundamental dessa relação e não é mero objeto, mas também é sujeito de direitos dentro dessa relação processual.

Dessa forma, verifica-se práticas inquisitoriais e autoritárias que ainda persistem, pois os olhares estão extremamente voltados apenas para medidas de proteção adotadas para estas vítimas. A histeria coletiva pelo pensamento único da punição coloca em opostos autores de infração e vítimas. É um modelo fadado ao aumento da vingança, de ambos os lados, e, pois, da violência. Deveria se punir democraticamente e se cumprir pena dentro dos limites legais. Quaisquer dos lados devem ter direitos e deveres.¹

Contudo, esta medida de proteção resulta em uma dicotomia: garantem-se e violam-se ao mesmo tempo direitos, tanto de vítima, quanto do vitimizador, tornando-se medida de punição para ambos. Não é possível escapar

¹ ROSA, Alexandre Morais da. A histeria coletiva pelo pensamento único da punição só aumenta a vingança. Consultor Jurídico, 14 jan. 2017, n. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/diario-classe-histeria-coletiva-pensamento-unico-punicao>. Acesso em: 14 set. 2018.

desta dicotomia, enquanto não se treinar o olhar para outras formas de soluções em relação à prova testemunhal infantil.

Em razão disso, torna-se imprescindível uma breve análise do processo penal vigente, da lei que regula o depoimento especial e dos mecanismos que envolvem e constituem a prova, até se chegar à sentença, quando o crime em apreço é o estupro de vulnerável, ou seja, a violência sexual contra menores.

Para a devida compreensão de nosso Direito Processual Penal, é necessário entender os sistemas processuais, quais sejam, sistema inquisitório, acusatório e misto. Podemos definir os sistemas processuais penais como um conjunto de temas colocados em relação a um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.²

O sistema acusatório se caracteriza pela estrita separação entre os órgãos jurisdicionais, ou seja, entre os órgãos acusador e julgador, o qual tem a função de revelar o Estado Democrático de Direito, fundado em um modelo garantista, figurando-se como garantidor dos direitos fundamentais do cidadão.

O modelo acusatório, à luz do sistema constitucional vigente, se caracteriza por: a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; o contraditório e a ampla defesa; o devido processo legal; a presunção de inocência; e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, todos com assento na atual Constituição Federal brasileira.³

Porém, para que um sistema processual seja qualificado como acusatório, faz-se necessário a presença de dois elementos distintos. No sistema acusatório, a investigação criminal constitui atividade de natureza administrativa, e a abertura do processo acusatório significa, na verdade, o início do julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas, além da característica da separação obrigatória entre as figuras do acusador e do julgador.

Apesar da Constituição de 1988 refletir um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal,⁴ o Código de Processo Penal, no art. 156, I e II e art. 212, § único, conferem ao magistrado a gestão probatória, característica própria de um sistema inquisitivo.

O processo inquisitivo seria aquele que contempla as funções de acusar e julgar em apenas uma pessoa, ou seja, aquele que acusa é o mesmo que julga. O sistema acusatório, como visto, compreende funções nitidamente separadas. Quem acusa, não julga, preservando assim, sua imparcialidade.

Tal sistema, baseado no direito canônico, por meio dos Tribunais Seculares, era utilizado para o julgamento de heresia. O acusado era visto como mero objeto da perseguição,⁵ e tido como o detentor da verdade de um crime da qual deveria dar contas ao inquisidor.⁶

A epistemologia inquiritória se fundamenta a partir de (a) valorações subjetivas acerca do que a pessoa do acusado é, (b) baseando-se em uma estrutura processual onde há espaço para uma livre atuação do magistrado, gerindo a prova, aceitando evidências como verdadeiras para justificar os fatos e as hipóteses levantadas pelo próprio julgador sob a influência de dogmas religiosos e morais, buscando a “verdade”, distanciando-se da imparcialidade e (c) objetificando o acusado, ao invés de vê-lo como parte processual.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 28.

³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito** processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 28.

Parte da doutrina defende que apesar de, a princípio, as limitações do processo penal estarem traçadas levando em conta a efetivação dos direitos fundamentais,⁷ ainda que veladamente, o nosso sistema atual seria misto, o qual combina elementos característicos dos sistemas inquisitório e acusatório.⁸

Outra parte da doutrina defende que o sistema processual penal brasileiro atual; constitui-se em uma fase preliminar, do inquérito policial de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz. Tal sistema é referido por boa parte dos processualistas mais conservadores como sendo misto, mas predominantemente acusatório.⁹

Em contrapartida, alguns doutrinadores como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defendem que não é preciso grande esforço para entender que não há e nem pode haver um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema que são emprestados ao outro.¹⁰

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do nosso sistema processual deve atentar-se para a garantia da imparcialidade do julgador, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.¹¹

Pode-se concluir, portanto, que o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque é regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz.¹² Ocorre a legitimação de uma postura punitivista, a qual é violadora das garantias fundamentais essenciais ao Estado Democrático de Direito, que visa assegurar as garantias mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana.

14

O princípio acusatório, como garantias básicas do processo, deve ser integrado pela acusação, acusado e um juiz imparcial, com clara distinção entre suas funções, para que se garanta a efetivação dos direitos processuais fundamentais. Com a validação, ainda que de forma mitigada, do sistema inquisitório, significa o retorno ao Estado Medieval.

Este sistema inquisitorial, pautado em características próprias do período medieval, o qual revela apenas a tirania, o excesso, a sede de vingança e punição, aos poucos cedeu espaço ao sistema acusatório, dissociando-se delito e pecado, preconizado através do liberalismo penal da chamada Escola Clássica. Porém, veremos que em muitos processos evidencia-se ainda a prática inquisitorial, ainda que escondida sob a roupagem da garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, impõe-se uma verdadeira e nova concepção de justiça penal, a qual obsta de fato a incidência do poder punitivo, exigindo um pensamento orientado pela perspectiva da proteção de direitos fundamentais voltados aos dois lados tão importantes da relação processual: vítima e acusado como sujeitos de direitos.

⁷ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 363.

⁸ ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatório y derecho penal. Barcelona: JM Bosch, 1995, p. 23.

⁹ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? Civitas - Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010, p. 293.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 04.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 29.

3 DEPOIMENTO INFANTIL

A questão do testemunho infantil tem sido discutida, em razão da preocupação da oitiva que preserve a confiabilidade dos relatos dessas crianças, sobretudo quando foram vítimas de violência sexual. Com base nessa oitiva é que se formará a prova.

No contexto forense, nos deparamos com frequência com um dos fenômenos mais comprometedores da precisão da memória e, logo, da prova testemunhal infantil: a sugestionabilidade.

Faz necessário compreender o efeito da sugestionabilidade em todas as faixas etárias, pois apresenta implicações práticas nas áreas jurídicas, tanto por meio de sucessivos questionamentos sobre um evento quanto pela maneira como tais questionamentos são conduzidos.¹³

A distorção de memória é sempre um fator importante em casos legais porque afeta a confiabilidade dos testemunhos. Na verdade, existe um grande corpo de evidências de pesquisa para apoiar este ponto de vista em relação à entrevista sugestiva, que pode levar a níveis mais elevados de falsa memória, principalmente em crianças menores de 5 anos de idade.¹⁴

Os crimes sexuais, em razão da própria natureza do delito, resultam em pouca evidência física e a prova principal, portanto, vem de relatos de testemunhas oculares.¹⁵ A vítima acaba sendo peça fundamental para a apuração do crime em apreço. Dessa forma, trataremos neste tópico sobre a prova testemunhal, a oitiva da criança e sobre os efeitos distratores do testemunho infantil.

A prova testemunhal infantil deve ser entendida e valorada tanto para afirmar, quanto para negar a existência de suporte fático do delito sexual, ou seja, a credibilidade e o cotejamento de sua versão com as demais provas dos autos é que vão dar a justa medida para a decisão judicial.¹⁶

O depoimento infantil pode conter defeitos psicológicos que impedem que, em relação a determinados episódios com interesse jurídico-penal, se forme um juízo de plena certeza. Em termos práticos, constituem uma ameaça à veracidade do testemunho infantil,¹⁷ sendo que somente em situações excepcionais poderão estribar sentenças penais condenatórias.¹⁸

Quando as crianças são questionadas em contextos forenses ou testemunham em processos judiciais são frequentemente convidadas a relatar incidentes altamente angustiantes ou traumáticos que experimentaram ou testemunharam. Na maior parte das vezes, o ambiente é formal e intimidador e acabam sendo inquiridos por profissionais, muitas vezes sem capacitação técnica, resultando em uma situação mais traumática do que o ato que a vitimou.

O reflexo encontra-se diretamente no seu testemunho, já que por vezes a criança não consegue nem ao menos relatar o que ocorreu, ou relata de acordo com a expectativa dos agentes que a indagam, ou respondem de acordo com as perguntas intimidadoras e sugestivas que são realizadas.

Por essas razões, são requisitos essenciais para compreender a dinâmica do abuso sexual e obter a segura avaliação sobre a prática abusiva: noções sobre a síndrome do segredo, a síndrome da adição e da interação abusiva;

¹³ WELTER, Carmen Lisboa Weingartner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 158.

¹⁴ HOLLIDAY, Robyn E.; BRAINERD, Charles J.; REYNA, Valerie F. Developmental reversals in false memory: Now you see them, now you don't!. *Developmental Psychology*, v. 47, n. 2, p. 442-449, 2011, p. 448.

¹⁵ ROBERTS, Kim P. Children's ability to distinguish between memories from multiple sources: Implications for the quality and accuracy of eyewitness statements. *Developmental Review*, v. 22, p. 403-435, 2002, p. 406.

¹⁶ MESTIERI, João. *Advocacia criminal: casos práticos*. Rio de Janeiro: Printshop, 1991, p. 77.

¹⁷ REYNA, Valerie F. *et al.* False memory in children: data, theory, and legal implications. *The handbook of eyewitness psychology: Memory for events*. Mahwah, NJ: Erlbaum, 2006, p. 499.

¹⁸ SOUZA JUNIOR, Ney Fayet. Prova Criminal: testemunho infantil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, v. 16, p. 131-137, 1999, p. 133.

posicionamento adequado, físico e emocional diante da criança para alcançar-lhe a confiança; clara permissão para revelar a história vivida; utilização da mesma linguagem do entrevistado, aproveitando, inclusive, as deixas por ele indicadas, durante as entrelinhas da conversa.¹⁹

Os agentes jurídicos indispensáveis à produção válida da prova muitas vezes não possuem capacidade técnica para a oitiva dessas crianças, especialmente quando se trata de abuso sexual, tampouco conhecimento sobre os diferentes estágios de desenvolvimento infantil, síndromes, além do ambiente formal da sala de audiências, que não são preparadas para o correto acolhimento dessa criança vítima.²⁰

As crianças, quanto mais novas, mais vulneráveis são a sugestões de informações falsas, devido à tendência de se adaptarem aos desejos dos adultos. O tipo de pergunta e a idade também seriam algumas variáveis mais importantes a serem consideradas.²¹ Porém, a personalidade e as diferenças individuais cognitivas também desempenham um papel importante na sugestibilidade infantil. Técnicas de memória e de entrevistas aumentam muito as chances de extrair elementos probatórios de crianças.²²

Várias décadas de pesquisa têm estabelecido que as informações fornecidas pela criança são profundamente afetadas pela forma como são entrevistados.²³ A complexidade da escuta de crianças vítimas de abuso sexual exige o uso de técnicas, especialmente de entrevista, e a necessária adaptação dos procedimentos e métodos empregados.²⁴

Em razão disso, o momento em que as crianças são entrevistadas se torna um momento crucial na construção da prova testemunhal infantil. Os operadores do direito, além de muitas vezes não entender sobre as habilidades de memória das crianças, muitas vezes impõem requisitos de competência que não estão relacionados a suas habilidades de memória, como por exemplo, as colocam para depor sem verificar se as crianças entendem o conceito de verdade ou mentira.²⁵

A memória das crianças é confiável, desde que sejam usados métodos adequados naquelas situações em que se deseja ter acesso às recordações sobre determinada situação.²⁶ Quando desprezadas, colocam em risco a memória e todo o relato daquele que depõe. Por consequência, a distorção da memória poderá ter sérias implicações legais, quando o evento vivenciado ou testemunhado caracterizar uma infração penal, porque a credibilidade da criança não implica na confiabilidade (exatidão) de seu relato.²⁷

Essas distorções colocam em risco construção e acurácia de toda a prova testemunhal infantil, tornando-se essencial a oitiva de crianças e adolescentes através do intermédio de profissionais qualificados, com o uso de técnicas cognitivas não indutivas.

¹⁹ BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207/5894>. Acesso em: 14 set. 2017, p. 15.

²⁰ CEZAR, José Antônio Daltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em Juízo. *In: DIAS, Maria Berenice. (coord.). Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2010, p. 286.

²¹ MANZANERO, Antonio L. Puebla. *Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2010, p. 203.

²² REYNA, Valerie F.; HOLLIDAY, Robyn; MARCHE, Tammy. Explaining the development of false memories. *Developmental Review*, v. 22, n. 3, p. 436-489, 2002, p. 440.

²³ BROWN, Deirdre A. *et al.* The NICHD investigative interview protocol: an analogue study. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 19, n. 4, p. 367, 2013, p. 367.

²⁴ ELOY, Consuelo Biacchi. *Psicologia e direito: representações judiciais nos casos de abuso sexual na infância*. 2012. 169f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2012, p. 54.

²⁵ PETERSON, Carole. Children's long-term memory for autobiographical events. *Developmental Review*, v. 22, n. 3, p. 370-402, 2002, p. 396.

²⁶ BARBOSA, Marcio Englert; ÁVILA, Luciana Moreira; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. *In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artes médicas, 2010, p. 138.

²⁷ PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso sexual infantil e a palavra da criança: pesquisa científica e a intervenção legal. *Revista dos Tribunais*: RT, v. 96, n. 857, p. 456-477, mar. 2007, p. 468.

4 VÍTIMA INFANTO-JUVENIL E O DEPOIMENTO ESPECIAL

Diante do novo paradigma que se instalou, em que se coloca crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, surge a preocupação com a tutela dos Direitos Fundamentais, voltada às vítimas infanto-juvenis, sobretudo quando há violência, essencialmente quando há violência familiar.

O longo caminho que a criança percorre desde a revelação do abuso até chegar ao Poder Judiciário, somando-se as diversas vezes em que é ouvida, resultando na responsabilidade da carga probatória concentrar-se em seu depoimento, exige técnicas adequadas para sua oitiva. Dessa forma, discutiremos as técnicas de entrevista voltadas ao menor, como a entrevista cognitiva, o protocolo NICDH, e o Depoimento Especial, adotado pelo nosso país.

Nessa preocupação, foi promulgada a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, pautada nos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e nos diplomas internacionais e assegura o Princípio da Proteção Integral. Tem o escopo de permitir a garantia da dignidade do menor, estabelecendo as medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente, obstando a continuidade da violação dos menores, e criando mecanismo de medidas e programas eficazes contra a vitimização primária e secundária²⁸ das vítimas e testemunhas infanto-juvenis, de crimes de abuso sexual.

A violência que mais atinge crianças e adolescentes é a violência familiar. Adota diversas formas como: maus-tratos físico, psicológico, abuso sexual, abandono e negligência. Dentre elas, o abuso sexual é uma das formas mais graves de violência praticada contra os membros de uma comunidade civilizada e deixa mais do que marcas físicas, atinge a alma das vítimas.²⁹ É uma violação brutal de seus direitos. Infelizmente, é uma realidade global em todos os países e grupos sociais.

As definições de violência ou abuso sexual são inúmeras, algumas mais sucintas e outras mais detalhadas e complexas, descrevendo as atividades específicas que constituem essa forma de abuso. Podemos definir como a prática ou tentativa de se praticar qualquer ato sexual com a criança por meio do uso de força ou de coerção, ameaças de danos por qualquer pessoa, independentemente do grau de relação com a vítima e do ambiente no qual a violência ocorre.³⁰

Alguns dos sintomas psicológicos se traduzem em depressão, vergonha excessiva, hiperatividade, comportamento agressivo, problemas de aprendizagem, comportamento antissocial e/ou timidez, além de comportamento sexualizado inadequado, comportamento sedutor, promiscuidade, aversão ao contato físico, tentativa de suicídio, fugas de casa/relutância para voltar ao lar, doenças sexualmente transmissíveis, reclamações de dores, inchaço e/ou escoriações na área genital ou anal.³¹

Além disso, com o bloqueio e o medo natural de se relatar o que aconteceu, desenvolvem um complexo de culpa, que aflora permanentemente na vítima abusada sexualmente, o que a leva a sentir cúmplice e responsável pelo que aconteceu.³² O indivíduo abusado sexualmente tem dificuldade de confiar nos outros, compartilhar, ajudar e associar-se.³³ Como resultado, pode desenvolver diversas síndromes, as quais corroboram para que o abuso se mantenha.

²⁸ A doutrina apresenta 4 tipos de vitimização: vitimização primária, secundária, terciária e quaternária. A vitimização primária e secundária serão tratadas nos tópicos a seguir. No presente trabalho, não desenvolveremos a vitimização terciária e quaternária com profundidade por não terem relevância com o objeto do trabalho.

²⁹ POTTER, Luciane. Vitimização secundária infantojuvenil e violência intrafamiliar por uma política pública de redução de danos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 29.

³⁰ CARIBÉ, Julia de Barros; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Testimony without harmful effects: full protection of the child victim of intrafamilial sexual abuse. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, n. 1, p. 108-116, 2015, p. 2.

³¹ ALBERTON, Mariza Silveira. Incesto: Da insustentável convivência à difícil revelação. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 214-215.

³² DIAS, Maria Berenice Dias. Incesto e o mito da Família Feliz. In: DIAS, Maria Berenice Dias. (coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 165.

³³ PADILHA, Maria da Graça Saldanha; GOMIDE, Paula Inês Cunha. Descrição de um processo terapêutico em grupo para adolescentes vítimas de abuso sexual. *Estud. psicol.*, Natal, v. 9, n. 1, p. 53-61, abr. 2004, p. 55.

O abuso sexual é uma forma brutal de violência, colocando em risco o desenvolvimento e saúde da criança, a qual passa a apresentar diversos problemas comportamentais e sociais. A sua apuração incorreta pode causar danos ainda maiores, agravando o estado emocional da criança e aumentando o risco de contaminação de sua narrativa, resultando na vitimização secundária, decorrente do próprio aparato estatal que não se encontra preparado para a colheita de crimes sexuais infantis.

A criança que já sofreu uma violação do seu direito experimenta novamente outra violação, nesse momento, dos operadores do direito, que deveriam lidar com a criança de forma mais profissional e consciente quando da apuração do evento delituoso.³⁴ O foco principal dos procedimentos deveria ser, antes, proteger a pequena vítima.³⁵

Assim, o Judiciário utiliza a mesma estratégia do abusador: seduz, prepara as condições, retira o que lhe interessa e encerra o assunto,³⁶ através da frieza e da formalização dos procedimentos legais, da falta de acolhida e ambientação às vítimas infanto-juvenis, que são fatores estressores que potencializam a vitimização secundária.³⁷

É na vitimização secundária que são traduzidas todas as deficiências do aparato estatal, fazendo insurgir por assim ser, os problemas quanto a efetividade e aplicabilidade do conjunto de normas e medidas repressivas de um Estado.³⁸ As condições particulares de desenvolvimento das crianças, somadas à situação de trauma pelo abuso sexual sofrido, exigem competências múltiplas dos profissionais que realizam o seu atendimento no cenário do Judiciário.³⁹

Os procedimentos realizados para a tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes não se expressam em um único modelo, pois há uma pluralidade de denominações e de procedimentos nas práticas realizadas pelo Brasil e no mundo.

A pesquisa experimental em Psicologia do Testemunho identificou algumas cautelas que podem maximizar a qualidade da entrevista forense com crianças. No tocante à linguagem, a orientação é o uso da voz ativa, de palavras e frases simples, evitar duplos negativos e perguntas múltiplas, bem como prestar atenção se a criança compreendeu a pergunta.⁴⁰

Esses procedimentos, com estudos cientificamente comprovados, proporcionam às crianças oportunidades de falar em detalhes sobre eventos passados e recentes, permitindo na prática a recuperação e comunicação de informações episódicas detalhadas, promovendo a familiaridade com os protocolos a serem usados na entrevista, e a conscientização necessária para entrevistadores compreender as experiências das crianças.⁴¹

O protocolo NICHD segue técnicas que se assemelham à entrevista cognitiva. Porém, em relação ao testemunho infantil, o protocolo se mostra mais adequado, por apresentar técnicas de acesso à memória episódica, aumentando o número de informações e detalhes obtidos na entrevista com crianças.

³⁴ POTTER, Luciane. Violência, vitimização e políticas de redução de danos. In: POTTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto. Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

³⁵ BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207/5894>. Acesso em: 14 set. 2017, p. 11.

³⁶ FUZIWARA, Aurea Satomi. Escuta ou inquirição? O desafio de efetivar os direitos humanos da criança e do adolescente no novo milênio. In: VIOLÊNCIA sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP; CRESS-SP, 2012, p. 107.

³⁷ POTTER, Luciane. Vitimização secundária infantojuvenil e violência intrafamiliar por uma política pública de redução de danos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180.

³⁸ SERRETTI, Jorge Luis Nassif Magalhães. Violência e vítima criança sob o olhar da vitimologia. In: FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves de; GALVÃO JÚNIOR, Roberto Faleiros. Estudos contemporâneos de vitimologia. São Paulo: Cultura Acadêmica; UNESP, 2011, p. 155.

³⁹ FRONER, Janaina Petry; RAMIRES, Vera Regina Röhnelt. Escuta de crianças vítimas de abuso sexual no âmbito jurídico: uma revisão crítica da literatura. Paidéia, Ribeirão Preto, v. 18, p. 267-278, 2008, p. 270. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305423762005>. Acesso em: 29 set. 2018, p. 271.

⁴⁰ PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso sexual infantil e a palavra da criança: pesquisa científica e a intervenção legal. Revista dos Tribunais: RT, v. 96, n. 857, p. 456-477, mar. 2007, p. 473.

⁴¹ BROWN, Deirdre A. et al. The NICHD investigative interview protocol: an analogue study. Journal of Experimental Psychology: Applied, v. 19, n. 4, p. 367, 2013, p. 370.

Foi criado por pesquisadores do Instituto Nacional de Saúde Infantil e Desenvolvimento Humano (NICHD), como um protocolo de entrevista flexível para ajudar os investigadores forenses a realizar entrevistas adequadas ao desenvolvimento das crianças.⁴²

É um instrumento estruturado de referência, reconhecido pela literatura internacional com estudos empíricos comprovados, validado em diversos países, como Estados Unidos, Suécia, Finlândia, Noruega, Canadá, Reino Unido, Portugal e Israel. Seu objetivo principal é o relato livre da criança, para que conte o fato ocorrido com suas próprias palavras, no seu próprio ritmo e sem interrupção do entrevistador e de questões sugestivas, obtendo informações de qualidade, mais precisas, detalhadas e com maior credibilidade em relação às informações obtidas através de outras entrevistas.

Abrange todas as fases da entrevista investigativa e é projetado para traduzir as recomendações baseadas em pesquisas em diretrizes operacionais, a fim de aumentar a recuperação de relatos informativos, completos e precisos de abuso alegados por jovens vítimas, que tenham entre 4 e 13 anos de idade,⁴³ os quais quando entrevistadas usando o protocolo, forneceram mais detalhes em resposta às perguntas do que as crianças entrevistadas sem o protocolo.⁴⁴

O protocolo NICHD enfatiza o uso de perguntas abertas e do relato livre (por exemplo, “diga-me tudo o que aconteceu”, “diga-me tudo o que você pode sobre isso”, “diga-me mais”).⁴⁵ Além do relato livre e das questões abertas, visando a não contaminação da memória da criança, o entrevistador somente faz referência a detalhes mencionados pelo infante, utilizando as mesmas palavras usadas. Perguntas sugestivas são fortemente desencorajadas na utilização do protocolo.

O Depoimento Especial, instituído pela Lei nº 13.431/2017 e anteriormente chamado de depoimento sem dano, é o procedimento de escuta realizada com o uso de técnicas não indutivas, através de intermediários (psicólogos ou assistentes sociais) que, em tese, teriam familiaridade em sua formação ou com treinamento específico, voltado aos aspectos cognitivos e sociais de crianças e adolescentes.

O procedimento de escuta baseia-se na definição de métodos e técnicas que devem ser utilizados de modo a lhes assegurar todas as condições ambientais e cognitivas para a realização da oitiva de menores, dentro dos princípios do respeito à sua condição especial de pessoas em desenvolvimento.⁴⁶

Em abril de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.431, pautada nos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e nos diplomas internacionais, assegura o Princípio da Proteção Integral. Essa lei tem *vacatio legis* de um ano (art. 29), a qual normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do Art. 227 da CF (art. 1º) e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência e regula o depoimento especial.

Na prática, servidores da Justiça são capacitados para conversar com crianças em um ambiente lúdico, procurando ganhar a sua confiança e não interromper a sua narrativa, permitindo o chamado relato livre. A conversa é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como procuradores e advogados da defesa, por exemplo.

⁴² BROWN, Deirdre A. *et al.* The NICHD investigative interview protocol: an analogue study. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 19, n. 4, p. 367, 2013, p. 368.

⁴³ HERSHKOWITZ, Irit *et al.* Improving credibility assessment in child sexual abuse allegations: the role of the NICHD investigative interview protocol. *Child Abuse & Neglect*, v. 31, n. 2, p. 99-110, 2007, p. 101.

⁴⁴ CYR, Mireille; LAMB, Michael E. Assessing the effectiveness of the NICHD interview protocol when interviewing french-speaking alleged victims of sexual abuse in Quebec. *Child Abuse & Neglect*, v. 33, n. 5, p. 257-68, 2009, p. 258.

⁴⁵ BROWN, Deirdre A. *et al.* The NICHD investigative interview protocol: an analogue study. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 19, n. 4, p. 367, 2013, p. 369.

⁴⁶ SANTOS, Benedito Rodrigues; GONÇALVES, Itamar Batista. (coord.). Depoimento sem medo (?). *Culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes*. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil), 2008, p. 36.

A criança tem ciência de que está sendo gravada, informação que é transmitida de acordo com a sua capacidade de compreensão. Assim, a Lei nº 13.431/2017 permitirá a garantia da dignidade do menor, ao estabelecer medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente, obstando a continuidade da violação dos menores que se encontram em situação de vítimas e testemunhas do crime de abuso sexual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a oitiva da criança vítima de abuso sexual, realizando um estudo sobre a vitimização secundária, as falsas memórias e o depoimento especial, sistema de oitiva adotado pelo Brasil e normatizado pela Lei nº 13.431/2017, através da analogia entre a legislação internacional e a legislação brasileira voltados para o sistema de proteção e garantias dos direitos das crianças.

Observa-se que, nos casos em que a criança é vítima de violência sexual, acaba-se percorrendo um longo caminho, compreendendo desde a revelação do abuso até a sua efetiva participação no processo criminal, resultando em diversos relatos para diferentes pessoas e em diferentes ambientes, os quais muitas vezes não são adequados para sua oitiva e podem ser realizados por profissionais sem a capacitação adequada.

O resultado reflete diretamente na acurácia desta prova, ou seja, na prova testemunhal infantil. As diversas entrevistas, realizadas sem técnicas cognitivas, e que promovem a recuperação da memória, além de aumentar a vitimização secundária, possibilitam a formação das falsas memórias.

Tendo em vista que, nos crimes sexuais, há uma aceitação da palavra da vítima em detrimento das demais provas testemunhais e periciais (se houver), a prova testemunhal infantil tem grande relevância e influência na decisão do magistrado ao proferir a sentença condenatória. Diante desse cenário, podemos perceber a violação dos direitos e garantias consolidados em Tratados Internacionais e normatizado por nosso ordenamento jurídico, tanto das vítimas, como do acusado.

Traçamos um panorama histórico-legislativo do sistema de proteção de direitos das crianças, consolidado em diplomas internacionais. A partir da evolução histórica dos direitos humanos e o reconhecimento da dignidade humana, dá-se origem ao paradigma de proteção dos direitos da criança, ou seja, a uma série de tratados internacionais voltados aos direitos infanto-juvenis.

Partindo da era medieval, em que o sentimento da infância não existia, as crianças eram vistas como adultos em miniaturas. Com a evolução da sociedade, aos poucos passou-se a reconhecer a importância da criança, através da preocupação de órgãos internacionais, os quais, através de tratados, considerou-os como sujeitos de direitos, em razão de sua peculiar situação de vulnerabilidade e desenvolvimento, conferindo-lhes proteção especial.

Os tratados internacionais de direitos humanos, em especial os que protegem a criança de toda forma de violência, negligência e maus tratos, encontram-se normatizados em todo nosso ordenamento jurídico, ou seja, nossa Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 13.341/17 (conhecida como Lei do Depoimento Especial) e convalidam os direitos da personalidade das crianças e adolescentes.

Nos casos de violência sexual infantil somados aos danos causados pelo próprio aparato estatal na oitiva dessas vítimas, resulta na vitimização secundária, devido, principalmente à peculiar situação de vulnerabilidade em que se encontram, ocorrem sérios danos à integridade física e psíquica, os quais podem permear até a sua vida adulta, convertendo-se em graves danos à personalidade do indivíduo, impondo-se a proteção a esses direitos essenciais.

Nos crimes descritos no art. 217-A do CP, a oitiva da vítima constitui prova fundamental para apuração do crime sexual, em razão da própria natureza do delito, resultando em escassas provas materiais e pericial, tornando-se o testemunho infantil a prova principal. Portanto, a forma como é ouvida a criança tem extrema importância, pois pode comprometer a credibilidade e veracidade da prova testemunhal infantil.

O art. 201 do CPP dispõe sobre como deverá ser realizado o depoimento da vítima, contudo, não faz diferença entre a inquirição de crianças e adultos, ou seja, não há normas voltadas para as condições especiais que a criança pode apresentar, como sua idade, nível de maturidade, de desenvolvimento cognitivo, social, e aos efeitos distratores do testemunho.

Assim, as crianças acabam sendo inquiridas ao invés de serem ouvidas, respeitando a sua condição de sujeito. A integridade física e psíquica dos infantes é violada ao se atribuir à criança a responsabilidade de formar a prova, quando é inquirida, ou seja, ouvida sem técnicas cognitivas de escuta, que possam trazer à tona sua memória, sem que seja sugestionada ou revitimizada.

A vitimização secundária pode ser entendida como uma violência institucional causada pelo próprio aparato estatal que, durante a investigação e o processo criminal, ao invés de proteger a pequena vítima, acaba agravando os danos primários e causando danos secundários, que são muitas vezes mais traumáticos que o próprio ato que a vitimou.

Quando a criança é inquirida, coloca-se em risco sua integridade psíquica, resultando em um tratamento desumano e violando seus direitos da personalidade. A integridade humana é um direito inato e absoluto. Por outro ângulo, a inquirição compromete a prova, ao passo que pode ainda resultar na criação do fenômeno das falsas memórias. Ao se inquirir uma criança, dando-lhe caráter de prova, que provém unicamente de suas palavras, obtidas através de diversas entrevistas, com viés sugestivo, implica em uma prova dotada de inconfiabilidade.

Por isso se torna de suma importância a utilização de técnicas cognitivas voltadas à oitiva e recuperação da memória infantil. O profissional que realiza a escuta da criança deve ser capacitado, dominando as técnicas de entrevista, voltados ao desenvolvimento proveniente de cada fase da criança, as síndromes decorrentes do crime sexual, e a aplicação de técnicas cognitivas para a recuperação da memória, para que a criança não se sinta inibida, humilhada ou seja induzida a relatar fatos que não ocorreram.

Em uma inquirição, a criança pode ser sugestionada, vindo a acreditar em fatos que, na verdade, nunca ocorrem com ela, ou seja, passam a recordar situações que nunca viveram. Esse fenômeno é denominado de 'falsas memórias' e faz parte do funcionamento normal da memória, não caracterizando falso testemunho, uma vez que o indivíduo passa a acreditar que determinados fatos realmente aconteceram. As falsas memórias podem ser mais detalhadas e relatadas com mais segurança e emoção do que as memórias verdadeiras. Assim, um relato com maior riqueza de detalhes não tem o condão de indicar se aquela memória é verdadeira ou falsa.

Vários fatores podem interferir em nossas lembranças. Para aferirmos credibilidade e confiabilidade a prova testemunhal deve ser bem investigada. É necessário levar em conta que a testemunha poderá ter sido sugestionada ou até mesmo induzida a depor sobre tais fatos. Além disso, pode ter sofrido com o decurso do tempo, advindo da própria demora processual em apurar os fatos denunciados.

Principalmente com crianças, outros fatores como as emoções também podem influenciar prejudicialmente no que se viu ou ouviu, a linguagem e o método utilizado nas perguntas realizadas pelo entrevistador, os tipos de perguntas (abertas ou fechadas), além da própria figura do entrevistador (o que aquela pessoa pode representar para a/o infante). Até mesmo uma notícia assistida ou mesmo ouvir determinada narrativa por diversas vezes de algumas pessoas pode levar a criança a acreditar que vivenciou aquela experiência.

Portanto, entender sobre o funcionamento da memória infantil e as fases do desenvolvimento da criança, bem como das técnicas de entrevistas voltadas à recuperação da memória, resultam em uma prova idônea e credível. Experimentos voltados à Psicologia do Testemunho trazem técnicas cientificamente comprovadas que propiciam a recuperação de informações episódicas detalhadas.

Uma das técnicas mais bem-sucedidas e utilizada há mais de 25 anos por todo o mundo, é a entrevista cognitiva, com métodos e técnicas voltadas à recuperação da memória, estruturada em fases que compreendem o relato livre da criança, a recriação do contexto, o uso de perguntas abertas, evitando perguntas fechadas e sugestivas.

Outra técnica muito utilizada, inclusive em nosso país, é o Protocolo NICDH, com técnicas semelhantes às utilizadas na Entrevista Cognitiva. Esse Protocolo, criado pelo Instituto Nacional de Saúde Infantil e Desenvolvimento Humano, apresenta técnicas voltadas ao desenvolvimento infantil, as quais aumentam o número de informações e detalhes obtidos em entrevistas realizadas com crianças.

O Brasil adotou o Depoimento Especial, protocolo que se baseia em técnicas de entrevista para a oitiva das vítimas infanto-juvenis. Nesta preocupação voltada à proteção da vítima infantil, foi sancionada a Lei nº 13.341/17, em consonância com o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, com o escopo voltado à criação de mecanismos para prevenir e coibir a violência através dos procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial.

O depoimento especial, portanto, seria um procedimento de escuta, com técnicas não indutivas, realizado por profissionais capacitados aos aspectos cognitivos e sociais das crianças e adolescentes, assegurando-lhe condições ambientais e cognitivas para a realização de sua oitiva. Apesar da lei regular o depoimento especial, não especifica qual técnica deverá ser utilizada durante o procedimento. O depoimento é todo gravado e a videogravação fornece informações verbais e visuais, além de documentar todo o depoimento forense, preservando a declaração do menor. Através dela há a possibilidade da redução do número de entrevistas.

A Lei, ao determinar que o depoimento especial seja realizado apenas uma única vez nos casos de abuso sexual, deve-se seguir o rito cautelar de produção antecipada da prova judicial. Ao se tratar da prova testemunhal infantil, deve-se atenção às peculiaridades inerentes da condição de desenvolvimento cognitivo e social da criança, que, aliado ao tempo transcorrido entre o fato e sua oitiva, decorrem diversos fatores que influenciam a qualidade da memória recuperada e a credibilidade do depoimento, os quais, por si só, autorizam a proporcionalidade da medida antecipatória.

22

Tal medida poderá significar a redução de vezes que a criança será ouvida, reduzindo os danos causados pela vitimização secundária, desde que, em razão da exigência do princípio constitucional do processo acusatório, a prova antecipada seja produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, com a antecipação da prova e a utilização de técnicas cognitivas para a recuperação da memória, reduz-se a probabilidade de a criança ser sugestionada, aumentando assim a acurácia da prova. Tendo em vista que essa prova tem especial valia quando se trata de crimes sexuais, revela-se, portanto, como medida assecuratória para a vítima, quanto para o acusado.

Apesar da Lei nº 13.431/17 não especificar quais tipos de profissionais devem realizar o procedimento de depoimento especial, exigindo apenas a capacitação do profissional, em função da equipe técnica dos tribunais serem compostos por assistentes sociais e psicólogos, além das suas funções estarem atreladas à escuta, são estes profissionais que, desde o ano de 2003, realizam a oitiva das vítimas.

O Conselho Federal de Serviço Social e o Conselho de Psicologia, desde o projeto anteriormente denominado “depoimento sem dano” e agora com a lei que regula o depoimento especial, posicionaram-se contra a realização do procedimento por estes profissionais, por entender que tal ação não faz parte da função profissional. Além disso, entendem ainda que esse tipo de oitiva violaria o sistema de garantia de direitos das crianças, uma vez que assumem a condição de testemunha, reproduzindo uma sistemática processual apenas voltada ao valor da prova, visando a punição do acusado, secundarizando a proteção do infante.

Pelo presente estudo foi possível apresentar uma análise de como é valorada a palavra da vítima nos crimes sexuais, em especial a palavra do menor nos crimes de estupro de vulnerável, bem como vislumbrar o funcionamento da memória e o fenômeno denominado falsas memórias, expondo a fragilidade da carga probatória pautada no testemunho pessoal e a influência na convicção e convencimento do magistrado, as quais têm gerado condenações injustas, marcada pela mitigação dos Princípios Fundamentais, em especial o da Presunção de Inocência ou não-presunção de culpabilidade.

Uma vez que o julgador entende que aquela prova é apta para embasar a condenação criminal, confere-lhe caráter absoluto. Diante deste panorama, não há defesa capaz de livrar o réu das amarguras do cárcere, por mais que tente provar sua inocência. Esses atos, legitimados pela figura do julgador, atentam contra os direitos humanos, contra os direitos fundamentais e dignidade psíquica e física da pessoa humana, pois sofrerá consequências degradantes, ou seja, fere seus direitos da personalidade.

Assim, verificou-se que a justiça brasileira não está apta para enfrentar o problema de falsas memórias. A prova testemunhal tem sido amplamente utilizada, principalmente nos crimes cometidos contra a dignidade sexual, especialmente quando tratamos de possíveis condenações amparadas em testemunhos acometidos de falsas memórias. A prova testemunhal por si só; já é uma prova que exige do magistrado certa cautela, por isso é chamada pela doutrina de “prostituta das provas”, pois, na tentativa de reconstrução dos fatos pretéritos, é sempre recheada de impressões e vivências pessoais da testemunha.

Na falta de condições probatórias mínimas há a necessidade de se aplicar corretamente os princípios e garantias constitucionais, devendo, portanto, impor-se a absolvição do réu por falta de provas, em respeito à presunção de inocência com base ao *in dubio pro réu*, a fim de se evitar graves falhas processuais e severas condenações injustas. A vítima infantil de crime sexual deve ter proteção especial e proteção integral pelo Estado, porém também é certo que ao réu; deverão ser conferidas as proteções exigidas pela Constituição relativas à sua dignidade, liberdade e integridade, com garantia de aplicação dos princípios constitucionais.

Neste cenário, podemos concluir que, portanto, jamais vamos conseguir reconstruir o passado ou o fato como aconteceu, uma vez que este já se findou. O que teremos é a construção narrativa histórica de um passado que aconteceu e que está preservado pelos seus rastros, obtidos através da recuperação da memória de quem depõe. Nessa concepção, se rejeita a ideia uma ambição da verdade. Então, a atividade probatória deve ser formada diante dessa complexidade e não pautada na “verdade”.

Quando pensamos na prova testemunhal e, logo, na memória, é exatamente o que acontece. Aquilo que se traduz em um testemunho, aquela memória relatada, não é o que ocorreu no evento original. Poderíamos inclusive até arriscar a dizer que é uma representação daquilo que vivemos, uma vez que contamos aquele fato de acordo com a nossa interpretação e vivências pessoais.

Portanto, olhando por este prisma, não existe verdade, existe a verdade de cada um, porque podemos presenciar o mesmo fato, mas nossos relatos e impressões jamais serão fiéis ao evento original. Dessa forma, pensar na ideia de verdade, ainda que relativa, remonta a um processo penal do inimigo, negando direitos e garantias fundamentais, pois transforma o réu em mero objeto processual.

Ao mesmo tempo, ao se transmitir totalmente a função probatória apenas à vítima menor, que é um ser em desenvolvimento social e cognitivo, sobretudo quando é inquirida (e inquirida já denota toda a falta de técnicas adequadas para a sua oitiva, resultando em sua vitimização secundária e na sugestibilidade) também a transforma em objeto processual. O ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, como mero instrumento visando uma falseada busca pela verdade e justiça. É necessário focar em uma mudança de um paradigma sujeito-objeto para um paradigma sujeito-sujeito.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Mariza Silveira. Incesto: da insustentável convivência à difícil revelação. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

ARMENTA DEU, Teresa. **Princípio acusatório y derecho penal**. Barcelona: JM Bosch, 1995.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de

abuso. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207/5894>. Acesso em: 14 set. 2017.

BARBOSA, Marcio Englert; ÁVILA, Luciana Moreira; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes médicas, 2010.

BROWN, Deirdre A. *et al.* The NICHD investigative interview protocol: an analogue study. **Journal of Experimental Psychology: Applied**, v. 19, n. 4, p. 367, 2013, p. 367.

CARIBÉ, Julia de Barros; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Testimony without harmful effects: full protection of the child victim of intrafamilial sexual abuse. **Journal of Human Growth and Development**, v. 25, n. 1, p. 108-116, 2015, p. 2.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em Juízo. In: DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: RT, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

CYR, Mireille; LAMB, Michael E. Assessing the effectiveness of the NICHD interview protocol when interviewing french-speaking alleged victims of sexual abuse in Quebec. **Child Abuse & Neglect**, v. 33, n. 5, p. 257-68, 2009.

24

DIAS, Maria Berenice Dias. Incesto e o mito da Família Feliz. In: DIAS, Maria Berenice Dias. (coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

ELOY, Consuelo Biacchi. **Psicologia e Direito: representações judiciais nos casos de abuso sexual na infância**. 2012. 169f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2012.

FRONER, Janaina Petry; RAMIRES, Vera Regina Röhnelt. Escuta de crianças vítimas de abuso sexual no âmbito jurídico: uma revisão crítica da literatura. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 18, p. 267-278, 2008, p. 270. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305423762005>. Acesso em: 29 set. 2018.

FUZIWARA, Aurea Satomi. Escuta ou inquirição? O desafio de efetivar os direitos humanos da criança e do adolescente no novo milênio. In: VIOLÊNCIA sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas. São Paulo: AASPTJ-SP; CRESS-SP, 2012.

HERSHKOWITZ, Irit *et al.* Improving credibility assessment in child sexual abuse allegations: the role of the NICHD investigative interview protocol. **Child Abuse & Neglect**, v. 31, n. 2, p. 99-110, 2007.

HOLLIDAY, Robyn E.; BRAINERD, Charles J.; REYNA, Valerie F. Developmental reversals in false memory: Now you see them, now you don't!. **Developmental Psychology**, v. 47, n. 2, p. 442-449, 2011.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MANZANERO, Antonio L. Puebla. **Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical**. Madrid: Pirámide, 2010.

MESTIERI, João. **Advocacia criminal: casos práticos**. Rio de Janeiro: Printshop, 1991.

PADILHA, Maria da Graça Saldanha; GOMIDE, Paula Inês Cunha. Descrição de um processo terapêutico em grupo para adolescentes vítimas de abuso sexual. **Estud. psicol.**, Natal, v. 9, n. 1, p. 53-61, abr. 2004.

PETERSON, Carole. Children's long-term memory for autobiographical events. **Developmental Review**, v. 22, n. 3, p. 370-402, 2002.

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso sexual infantil e a palavra da criança: pesquisa científica e a intervenção legal. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 96, n. 857, p. 456-477, mar. 2007, p. 468.

POTTER, Luciane. Violência, vitimização e políticas de redução de danos. *In*: POTTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POTTER, Luciane. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência intrafamiliar por uma política pública de redução de danos**. Salvador: JusPodivm, 2016.

REYNA, Valerie F. *et al.* **False memory in children: Data, theory, and legal implications**. The handbook of eyewitness psychology: Memory for events. Mahwah, NJ: Erlbaum, 2006.

REYNA, Valerie F.; HOLLIDAY, Robyn; MARCHE, Tammy. Explaining the development of false memories. **Developmental Review**, v. 22, n. 3, p. 436-489, 2002.

ROBERTS, Kim P. Children's ability to distinguish between memories from multiple sources: Implications for the quality and accuracy of eyewitness statements. **Developmental Review**, v. 22, p. 403-435, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. A histeria coletiva pelo pensamento único da punição só aumenta a vingança. **Consultor Jurídico**, 14 jan. 2017, n. p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/diario-classe-histeria-coletiva-pensamento-unico-punicao>. Acesso em: 14 set. 2018.

SERRETTI, Jorge Luis Nassif Magalhães. Violência e vítima criança sob o olhar da vitimologia. *In*: FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves de; GALVÃO JÚNIOR, Roberto Faleiros. **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica; UNESP, 2011.

SOUZA JUNIOR, Ney Fayet. Prova Criminal: testemunho infantil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre**, v. 16, p. 131-137, 1999.

WELTER, Carmen Lisboa Weingartner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestibilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

*Recebido em: 18 de junho de 2019
Aprovado em: 24 de março de 2021*