

O DEPOIMENTO DA CRIANÇA E OS RISCOS DA CONDENAÇÃO NOS PROCESSOS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

Renisgleia Santos Brito Anunciação¹

Cinthya Silva Santos²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o tema Abuso Sexual Intrafamiliar, especificamente envolvendo a criança com foco direcionado aos atos libidinosos, enquadrado no tipo penal Estupro de Vulnerável. O objetivo desse estudo foi obter conhecimento acerca do tema na legislação, doutrina e na jurisprudência, sobre a valoração do depoimento da criança enquanto elemento de prova produzida durante a consecução penal, considerando a possibilidade da falsa denúncia de Abuso Sexual Infantil intrafamiliar, decorrentes da Alienação Parental e a implantação das Falsas Memórias. Por conseguinte, foram analisados os meios de provas aplicados e os princípios jurídicos processuais penais que fundamentam as condenações nos crimes de abuso sexual infantil, buscando contribuir com o meio acadêmico e os profissionais de Direito, alertando e demonstrando quanto a possibilidade de erro do Judiciário diante das falsas denúncias decorrentes da Alienação Parental, bem como, suas consequências para a criança e os riscos da condenação do acusado.

Palavras-chave: Abuso Sexual Infantil. Alienação Parental. Estupro de Vulnerável. Falsas memórias.

ABSTRACT

The present work deals with the topic of intrafamily sexual abuse, specifically involving the child, with a focus directed to libidinous acts, framed in the type of criminal rape of

¹Graduada em Filosofia pela UESC. Graduada em Direito pela Faculdade de Ilhéus. Pós-graduanda em Direito Tributário, pela Escola Brasileira de Direito-EBRADI/ESA.

²Advogada. Graduada em Direito pela UESC. Especialização em Direito Civil e Consumidor, JUSPODIVM. Professora Universitária CESUPI – Ilhéus/BA. Professora Universitária da UNIME – Itabuna/BA. Professora de Pós Graduação.

vulnerable. The purpose of this study was to obtain knowledge about the subject in legislation, doctrine and jurisprudence on the assessment of the child's testimony as evidence produced during the criminal prosecution, considering the possibility of false reporting of intrafamily sexual abuse. In order to do so, the methodology adopted to carry out this research was the literature review, which analyzed the means of evidence applied, as well as the legal principles of criminal procedure that base convictions on child abuse crimes, seeking to contribute to the academic environment and the legal professionals, alerting and demonstrating how much the possibility of error of the Judiciary in case of false denunciations resulting from Alienation Parenta and the implantation of the false memories, as well as their consequences for the child and the risks of condemnation of the accused.

KEYWORDS: Child Sexual Abuse. Parental Alienation. Rape Of Vulnerable. False memories.

1 INTRODUÇÃO

O tema apresentado versa sobre o crime de Estupro de Vulnerável, especificamente com foco quanto aos Atos Libidinosos envolvendo a criança, diante da análise de questões relevantes que podem vir a dificultar e influenciar na produção das provas, considerando o fato das falsas denúncias de abuso sexual em decorrência da Alienação Parental.

Indubitavelmente, nos processos onde há tipo penal classificado entre o rol dos crimes contra a Dignidade Sexual, especialmente quando cometidos contra a criança, aquela menor de 12 anos, conforme define o Estatuto da Criança e do Adolescente, a palavra da vítima é essencial elemento de prova no processo penal, tendo papel fundamental conjuntamente com outros meios probatórios relevantes, como o exame de corpo de delito, laudos psicológicos e testemunhos, para elucidação dos fatos e por conseguinte a condenação do acusado.

Porém, em se tratando da natureza dos crimes de Abuso Sexual Infantil quando cometido no ambiente Intrafamiliar, a clandestinidade é um fator que dificulta a produção das provas, visto que estes, nem sempre deixam vestígios passíveis de verificação no exame de corpo de delito e a produção da prova material, bem como a testemunhal, por ocorrerem em sua grande maioria dentro do convívio doméstico longe de expectadores.

Diante da complexidade do tema, o objetivo da pesquisa é a análise da problemática da valoração do depoimento da criança, enquanto principal meio probatório nos processos de abuso sexual intrafamiliar e sua fragilidade diante da falta da prova material, considerando as

falsas denúncias decorrentes da Alienação Parental e a implantação das Falsas Memórias, bem como, os riscos da condenação. Deste modo, se evidencia quais aspectos levariam a uma falsa denúncia, expondo as consequências e estigma social derivados da acusação de estupro de vulnerável.

Nesse sentido, o desenvolvimento do estudo apresentado, aborda sobre a relevância da prova penal, os princípios jurídicos processuais penais, bem como, as jurisprudências sobre a temática, avaliando o valor probatório da palavra da vítima de abuso sexual infantil no processo penal.

Ademais, o presente trabalho aborda quais as possibilidades do depoimento da criança ser influenciado pelo Alienador Parental, situação que carece de uma avaliação criteriosa de profissionais especializados na psicologia forense, para detectar tanto na vítima quanto nas testemunhas na qualidade de seus responsáveis, evidências que a vítima é orientada a imputar falso ato criminoso.

Por fim, o estudo também demonstra a fragilidade da prova nos processos de abuso sexual infantil intrafamiliar, destacando o grande desafio do judiciário na elucidação dos fatos diante das Falsas denúncias de Abuso sexual infantil decorrentes da Alienação Parental, visto que, considerando esses aspectos é notório o grave risco de uma sentença equivocada, levando em conta a questão da criança ser facilmente manipulada psicologicamente dentro do convívio familiar, sendo alvo de indução a mentira, ou ainda mais grave, ocultar a verdade dos fatos caso a denúncia seja verídica.

2 DO ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

O presente trabalho tem foco direcionado à criança menor de 12 anos incompletos, conforme define o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Destarte, o estudo direcionado sobre esta vertente se justifica devido ao fato da imaturidade da criança, sua maior fragilidade física e psicológica, portanto, total vulnerabilidade frente ao Abuso Sexual.

O termo Abuso Sexual Infantil é utilizado normalmente para fazer menção aos variados tipos de envolvimento sexual com crianças, são eles o intercuro vaginal ou anal,

contato oral, contato ou carícia em qualquer parte íntima, exposição de pornografias ou relações sexuais, enfim, qualquer maneira que satisfaça a libido sexual do abusador por meio da criança. (AZAMBUJA, 2011).

A legislação específica em seu artigo 4º, inciso III, alínea “a” do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe sobre a definição de Abuso sexual.

Abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro. (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Com efeito, em nosso ordenamento jurídico o abuso sexual infantil, consiste em se utilizar da criança para fins de satisfação sexual, é tipificado como Estupro de vulnerável, aquele cometido contra o menor de 14 anos, estando no rol dentre os crimes contra a Dignidade Sexual, com redação dada pela lei 12.015/2009, o qual é de interesse para esse estudo, conforme preconiza o Código Penal em seu artigo 217-A.

Art. 217-A CP Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Por conseguinte, a escolha do referido artigo, 217-A do Código Penal, não faz alusão apenas ao crime Estupro do Vulnerável configurado com a conjunção carnal, mas também, a outros Atos Libidinosos, delimitação desse estudo.

Nucci define como ato libidinoso o ato voluptuoso, de caráter lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual do agente pois meio de práticas tais como, o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo. (NUCCI, 2013).

Ato Libidinoso nas palavras de Mirabete e Fabbrini:

Ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunninligue*, *anilingue*, heteromasturbação). Outro, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido. (MIRABETE e FABRRINI, 2010, P.3900).

Os delitos de Abuso Sexual Infantil ocorrem em sua grande maioria no ambiente Intrafamiliar e costumam ser praticados por um agressor próximo a criança, geralmente por alguém da própria família, seus genitores, companheiros do pai ou da mãe, irmãos, tios ou alguém próximo presente no ambiente familiar.

Decerto, um dos fatores que facilita a prática do abusador e dificulta a proteção da criança no contexto familiar é questão da Clandestinidade, pois normalmente não há a

presença de testemunhas expectadoras da prática delituosa feita as ocultas, sem deixar vestígios, como os atos libidinosos sem o uso da força física ou utilização de quaisquer meios que deixem marcas.

Segundo a definição de Azambuja a violência sexual intrafamiliar, “é aquela praticada por agressor que faz parte do grupo familiar da vítima, considerando-se não apenas a família consanguínea, como também as famílias adotivas e sócio afetivas, onde se incluem os companheiros da mãe e do pai, ou, ainda, pessoas da confiança da criança”. (AZAMBUJA, 2011, p. 90).

Não raro, ocorre que a revelação do abuso fica a critério da própria criança, frequentemente sendo descoberto tempos depois de muito sofrimento, impossibilitando trabalho da perícia quanto a coleta da prova material, bem como, exames específicos que comprovem o delito.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A prática da Alienação Parental ocorre com muita frequência quando no término do relacionamento a criança é posta de alguma forma pelo alienador, geralmente a mãe, contra o outro genitor ou responsável, seja por suspeitar do abuso objeto desse estudo ou por outro motivo subjetivo oculto, mas com intuito de afastá-la desse convívio. Porém, a Alienação Parental pode ser promovida por meio de qualquer outro parente responsável pelo menor, inclusive os avós, trazendo sérias consequências psicológicas a criança ao longo da sua vida.

Portanto, é assegurada a criança e ao adolescente a proteção contra qualquer dos atos que a lei 12.318/2010 determina como sendo Alienação, conforme dispõe a lei da Alienação Parental em seu artigo 2º parágrafo único, com ênfase no inciso VI, no que concerne este estudo.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

Nessa linha de raciocínio, a denúncia de abuso sexual infantil pode ter como fundamento determinante a Alienação Parental, visto que, há o interesse do alienador, geralmente a mãe da criança, na condenação do outro genitor, neste caso o pai. Nesse contexto, o alienador orienta a criança a mentir e lhe convence a imputar fato calunioso de

cunho sexual, como forma de obstar o vínculo desta com o acusado. Por esse motivo, essas acusações deverão ser atentamente averiguadas pelo Judiciário, especialmente quando há denúncias desse tipo dentro de um contexto intrafamiliar conturbado.

Trazendo essas discussões para o cenário da separação conjugal, contexto em que muitas alegações de abuso sexual entre pais e filhos eclodem, podemos supor que a criança pode manter-se fiel às alegações da mãe-guardiã, que acusa o ex-companheiro, confirmando ou revelando o abuso que nunca ocorreu. (AMENDOLA, 2009, p. 92).

Importante salientar, que a imputação das falsas denúncias pelo alienador em geral podem ocorrer pela punição, vingança do cônjuge, insegurança, até mesmo por realmente acreditar na suspeita do abuso ou por problemas psicológicos decorrentes do divórcio e disputa pela guarda.

Segundo Amendola, “há más interpretações motivadas por um estado de ânimo da mãe que leva a cogitar tal ato vindo do ex-companheiro”, e outras são imputadas de forma intencionalmente falsas, claramente é uma atuação psicológica patológica que subordina e aliena da criança e do adulto acusado alienado, em prol algum interesse próprio. (AMENDOLA, 2009).

Decerto, uma acusação dessa natureza levada ao Poder Judiciário requer uma postura de extremo cuidado e cautela pelo Magistrado, pois há a certeza do Alienador quanto a ânsia do Estado na proteção do menor vulnerável, o distanciando do seu possível abusador até a apuração dos fatos. Uma vez sendo admitida pelo Judiciário tal acusação, afastando o genitor acusado injustamente, as consequências da Alienação Parental serão extremamente prejudiciais a criança. (FAMILIAR, 2018).

3.1 DAS FALSAS MEMÓRIAS

No âmbito jurídico, a memória tem grande relevância na apuração dos fatos, visto da capacidade em armazenar lembranças de fatos passados, especialmente os delituosos, logo são essenciais na busca da verdade corroborando com o processo investigatório.

Diante desse fato, faz-se então necessário o conhecimento acerca da temática das Falsas Memórias, pois é um fator presente nos processos de abuso sexual infantil intrafamiliar, fragilizando o depoimento da vítima, induzindo a elaboração dos laudos a erro e conseqüentemente todo processo, implicando numa possível condenação.

É evidente que implantação das Falsas memórias é um sério problema que pode ocasionar um falso depoimento e necessita ser detectadas, pois elas são baseadas em

sugestionamentos e informações enganosas, situações que não existiram e que pelo fato de estar memorizado, a criança acredita ser verdadeiro o fato do abuso sexual, dificultando o diagnóstico do laudo psicológico e pericial, levando até mesmo a uma conclusão deturpada.

Com efeito, estas memórias podem ser implantadas pelo alienador interessado na condenação, onde em situações mais graves, ele próprio passa a acreditar na sua história fictícia, ludibriando os operadores do direito ou poderá ser também criada pela própria criança de maneira fantasiosa e imaginativa, conforme pondera a Doutrina.

Sobre tais possibilidades ensina Tourinho Filho:

Não se pode exigir de uma criança a maturidade de um adulto. Pode inventar, pode criar, pode transformar-se no centro das atenções, pode fantasiar. Se mentir, não o faz por perversidade, por maldade. Aí, das duas uma: ou foi instruída por alguém ou, então, seu depoimento, se não coincidir com as demais provas colhidas pode ser fruto de sua imaginação ou do seu total desinteresse por fatos que não integram seu pequeno-grande mundo. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 598).

Observa-se que os dois institutos, tanto a Alienação parental como as Falsas memórias, nesse contexto estudado, em se tratando de falsas denúncias, são praticados por pessoas responsáveis ou próximas a criança em seu convívio familiar, geralmente a mãe da criança, como o objetivo único de seu benefício, obstando o vínculo afetivo da criança com o acusado, denegrindo a sua imagem imputando-lhe fatos caluniosos de violência sexual por questões intrínsecas, o que caracterizam grande desafio para o esclarecimento dos fatos.

A criança fantasia por natureza, podendo ser instigada por adultos a fazê-lo, ainda com maior precisão e riqueza de detalhes, sem ter maturidade suficiente para compreender o significado e as consequências da sua atitude. Podem, pois, essas pessoas querer a condenação de um inocente. (NUCCI, 2013, p. 473).

Portanto, inegavelmente a questão das falsas memórias implantadas fragilizam as provas, de modo a ter caráter decisivo nas decisões, bem como, nas vidas da vítima e acusado. Se por um lado os magistrados tentam resguardar o menor afastando de uma possível situação de perigo, de outro fica a responsabilidade de afastar a criança do genitor que não lhe causou mal algum, por consequência desfazendo o vínculo afetivo entre ambos, e fadando um inocente à condenação.

4 DA FRAGILIDADE DA PROVA

As mudanças ocorridas mediante a nova lei penal 12.015 de 07 de agosto de 2009 alteraram o título Dos crimes contra o costume, para Dos crimes contra a Dignidade Sexual, contemplando em seu novo texto maior proteção à criança e ao adolescente, o que sem dúvida

são conquistas que visam melhor amparar e preservar o desenvolvimento físico, psicológico e sexual do menor de 14 anos.

A lei 12.015/2009 provocou a alteração da nomenclatura do Título VI, substituindo a expressão Dos crimes contra os costumes pela atual, dando relevo a dignidade sexual, que é corolário natural da pessoa humana, bem como bem jurídico tutelado nos termos do art. 1º, III da Constituição Federal. Houve patente evolução patente evolução na legislação Penal em consonância com a modernização dos costumes na sociedade. (NUCCI, 2010, p .898).

Nesse contexto, passou-se a ser caracterizado Estupro de Vulnerável o envolvimento de cunho sexual com esse menor, sendo presunção absoluta de violência, não sendo admitido pelos nossos tribunais a relativização independente da sua condição e experiência sexual já vivida anteriormente.

Conforme dispõe súmula 593 do STJ.

Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Em contrapartida, com a referida mudança aumenta-se ainda mais a complexidade diante da prova, visto que os atos libidinosos foram equiparados ao estupro de vulnerável constante no artigo 217-A do código penal, com pena consideravelmente superior, seguindo os mesmos preceitos da prova do estupro do previsto no artigo 213 do código Penal.

Portanto, havendo acusação de crime de estupro em qualquer das suas formas, é indispensável o exame de corpo de delito, essencial para a colheita de elementos, vestígios corpóreos, que formem a convicção do julgador e que representem a materialidade do crime conforme dispõe o artigo 158 do Código de processo Penal.

Contudo, o artigo 167 faz ressalva a aqueles delitos que não deixam vestígios, na qual poderá a prova testemunhal ser considerada pelo juiz. (CAPEZ, 2014).

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Observa-se que, quanto a prova do ato libidinoso anteriormente, também consistia na alegação da vítima do abuso, especialmente no caso das crianças sendo rara a possibilidade do exame de corpo de delito. Logo, o depoimento da vítima e o testemunho das partes consistia

na prova do ato libidinoso, porém a pena conseqüentemente era mais branda diante dessa fragilidade da falta da prova material.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Analisando a possibilidade de uma falsa denúncia, deve-se ponderar que a preocupação em preservar o bem jurídico da Dignidade Sexual da criança, deverá ser feita tão quanto o direito da convivência familiar, ceifada pela Alienação Parental.

Sem dúvida, nos crimes contra a Dignidade Sexual, a prova da materialidade do delito é essencial para elucidação dos fatos. Ocorre que nem sempre é possível através do exame de corpo de delito dispor da prova material do crime, considerando a particularidade de que por muitas vezes os casos de abuso não deixam vestígios, como em alguns atos libidinosos.

Como regra, havendo violência real e comparecendo a vítima para análise médica, obtêm-se sucesso na elaboração do exame de corpo de delito; entretanto, nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da perícia. Ressalte-se ainda, casos em que ocorrem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como um beijo lascivo forçado, imune a exames periciais. (NUCCI, 2011, p. 68).

Outrossim, é relevante que atos libidinosos não necessitam da conjunção carnal para que sejam caracterizados como estupro de vulnerável, bastando para tal, a satisfação da lascívia sexual do agente, ou seja, praticar qualquer ato de cunho sexual que tenha por finalidade satisfazer a libido envolvendo a criança sexualmente independente do contato físico, aumentando ainda mais a complexidade da prova. Corroborando com o entendimento dispõe a posição do STJ no julgado a seguir:

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016).

Partindo dessa premissa, é notório o desafio do Judiciário para garantia dos direitos fundamentais dos envolvidos, visto que, na falta da prova material, irá se valer da prova subjetiva, correndo o risco de não ser tão preciso quanto necessário na substituição do exame de corpo de delito.

A realização desta perícia é um dos meios mais seguros de prova. Não sendo possível substituí-se o exame de corpo de delito pela prova testemunhal, querendo com isto, apontar para a narrativa das pessoas que tenham visto a ocorrência do

crime, embora sejam leigas e não possam atestar cientificamente a prática do crime. (NUCCI, 2011, p. 47).

Decerto, a clandestinidade dos crimes de abuso sexual intrafamiliar gera a dificuldade de provar a materialidade desses fatos, no entanto na falta da prova material como dito, o depoimento da vítima poderá ser em revestido de valor em consonância com os indícios, na qual poderá levar a convicção e certeza do magistrado.

Segundo Capez, prova plena, “trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação; quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do *In dubio pro reo*”.

Portanto, em se tratando de prova plena, o princípio do *in dubio pro reo* deveria prevalecer quando não houver o juízo de certeza no julgador, mas ocorre que nem sempre isso acontece quando se trata de um crime dessa natureza, pois há entendimentos nos tribunais que não seguem a rigor o artigo 158 do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2014, p. 402). O STF tem entendido que “nos delitos materiais, de conduta e de resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo delito direto”. (NUCCI, 2011, p. 46).

5 DO DEPOIMENTO SEM DANO

O Estatuto da criança e do adolescente orienta que para este tipo de apuração, a inquirição da criança deverá ser feita por profissionais habilitados, sejam eles psicólogos e assistentes sociais, sendo observado com todo cuidado seu grau de desenvolvimento físico e psicológico, evitando o constrangimento e exposição.

Com efeito, a modalidade denominada Depoimento sem dano, será aplicada uma única vez sempre que se tratar de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, mediante prova antecipada, artigo 159 do Código Penal e conforme artigo 11, parágrafos 1º e 2º do ECA.

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal. (BRASIL.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Nesse sentido, o psicólogo forense tem o condão decisivo neste quesito, quanto a tomada do depoimento da vítima de abuso sexual infantil, visto dos conhecimentos especializados que ajudarão na elucidação dos fatos.

Portanto, em se tratando da questão pericial, diante da falta da prova em que conste a materialidade do delito e da falta de testemunhas que presenciaram o fato, impossibilitando a perícia direta e indireta dos crimes de abuso sexual intrafamiliar, o Judiciário irá se valer da prova documental na emissão de um diagnóstico psicológico da vítima.

A finalidade da perícia é produzir a prova, e a prova não é outra coisa senão o elemento demonstrativo do fato. Assim, tem ela a faculdade de contribuir com a revelação da existência ou da não existência de um fato contrário ao direito, dando ao magistrado a oportunidade de se aperceber da verdade e de formar sua convicção (FRANÇA, 1998, p. 7).

Preconiza o artigo 159, inciso I do Código de processo Penal.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.
§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia.

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Diante desse contexto, será atestado em laudo, a confirmação ou não da incidência do abuso, através da identificação comportamental sexualizada, indicação de sintomas traumáticos, assim como, o próprio depoimento da criança, tomado pela forma especial do Depoimento sem Dano com toda a cautela de se evitar que a criança possa reviver a experiência sofrida. (AMENDOLA, 2009).

Na modalidade de depoimento sem dano o ambiente é preparado como forma de propiciar e facilitar a inquirição da vítima, para que descreva ou demonstre de alguma forma o abuso, inclusive através de desenho, sem que a criança se sinta pressionada e não tenha sentimento de culpa, medo ou vergonha de revelar qualquer tipo de situação ou vivencia.

Nas palavras de Amendola deve o Psicólogo forense criar um ambiente que busque facilitar e que permita à criança a revelação do referido abuso sexual a partir do seu depoimento, lúdico ou de forma gráfica, para que não desenvolva os sentimentos de culpa ou vergonha. (AMENDOLA, 2009).

Ressalta-se, que a imprecisão do diagnóstico é fatal pra um desfecho irreparável, visto o profissional psicólogo tem sobre a criança enorme expectativa quanto a revelação do abuso, e a própria inquirição pode suggestionar o acontecimento. Conclui-se então, que forçosamente mesmo sem que esta seja a intensão do psicólogo, pode-se se obter um relato de um falso abuso sexual, ou mesmo pela intensão da criança, mediante pressão psicológica em não frustrar os que dela esperam esse depoimento confirmativo.

A criança está propensa a aceitar, direta ou indiretamente, o seu não-saber, podendo ser conduzida, pelas expectativas, crenças e, principalmente, pelo poder-saber do entrevistador, a acolher um discurso produzido para ser verdade. Assim, conforme a criança se submeta a este poder-saber, ela confessa que sofreu um abuso sexual. (AMENDOLA, 2009, p. 89).

Cabe então, a análise crítica e principalmente demonstrar a probabilidade de erro quanto a forma de avaliação psicológica, buscando meios menos passíveis de falhas, observando também a influência não só do genitor da criança mas também do próprio psicólogo durante o processo de produção das provas para a elaboração do Laudo psicológico.

Para tanto, é necessária a análise comparativa de processos dessa espécie, onde é notória tendência para sentença condenatória nos casos onde há a modalidade do Depoimento sem Dano, demonstrando a fragilidade da referida prova e levando o questionamento sobre a confiabilidade da mesma.

Dos 79,27% (65) casos em que ocorreu a inquirição pelo método tradicional, onde se inclui aqueles que contaram com dupla inquirição, em 69,23% (45) houve a condenação do abusador e, em 30,77% (20), a absolvição. Na totalidade dos casos em que a vítima foi inquirida através do método depoimento sem dano (14 casos), em 100% o resultado da sentença foi condenatório (AZAMBUJA, 2011, p. 168).

6 O VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO DA CRIANÇA

Com as mudanças introduzidas no Código Penal com o advento da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, houve um avanço significativo quanto à proteção da criança e do adolescente, no que compreende a abrangência dos crimes contra a dignidade sexual, especificamente contra os vulneráveis. O novo texto abarcou diversas formas de violência e abusos de natureza sexual, que vão além do estupro de vulnerável, mas também outros atos libidinosos, os quais não haja a conjunção carnal, mas que tenham como objetivo satisfazer a lascívia do agressor. (GRECO, 2011).

Deste modo, o novo texto da lei veio a determinar a presunção absoluta da violência sexual, demonstrando taxativamente a vulnerabilidade no menor de 14 anos, quanto a aqueles

que tendem a satisfazer a sua libido em qualquer modalidade enquadrada no tipo. (GRECO, 2011).

De fato, a questão da presunção absoluta de violência sexual contra o vulnerável expressou taxativamente na lei ordinária, para o entendimento da doutrina e jurisprudência, a consagração e o encerramento do questionamento acerca da relativização, mas, no entanto, enquadrado como ampliação do crime de estupro outras espécies de atos sexuais libidinosos, que muitas vezes não deixam provas que comprovem a veracidade dos fatos, aumentando a responsabilidade do julgador quanto ao processo dessa natureza, onde devem ser esgotadas todas as possibilidades que dão margem a erro. (GRECO, 2011).

Indubitavelmente, o que se deve questionar é se realmente ocorreu à violência, em casos onde há a acusação sem vestígios ou testemunhas, quando principal prova do abuso se torna o depoimento criança, que em tese tem presunção de veracidade, mediante a acusação de um crime extremamente grave que deixam marcas permanentes e irreversíveis ao acusado, que em caso seja julgado inocente dificilmente se integrará novamente ao meio social, onde permanecerá uma incógnita constante.

Esse contexto, reforça a tese na qual é preciso ter a certeza que não há nenhuma influência de qualquer agente interessado na condenação, o qual esteja induzindo a criança de forma a colaborar para esse desfecho. (NUCCI, 2013).

É fato, que os delitos nos quais se delimitam esse estudo, especialmente os praticados contra uma criança, geram comoção e indignação social e dificilmente seu depoimento não será valorado como meio de prova para uma condenação, visto a proteção legal conferida ao menor, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente que garantem a criança o direito de ter a sua dignidade sexual respeitada, com lastro na Constituição Federal e Código Penal.

Os julgados a seguir demonstram os entendimentos dos Tribunais quanto ao relevante valor da palavra da criança mediante a sua condição de vulnerabilidade, na qual deve lhe ser atribuída à máxima credibilidade.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE "DEPOIMENTO SEM DANO" CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do "depoimento sem dano", em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se

corroborada por outros elementos (AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

No caso, além do depoimento da vítima, o magistrado sentenciante, no decreto condenatório, considerou o teor dos testemunhos colhidos em juízo e o relatório de avaliação da menor realizado pelo Conselho Municipal para formar seu convencimento.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 45.589/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015).

Segundo Capez, o depoimento da vítima poderá ser em revestido de valor em consonância com os indícios, na qual poderá levar a convicção e certeza do magistrado. (CAPEZ, 2014).

Vejamos a classificação das provas quanto ao seu valor:

Plena: trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação; quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do *in dubio pro reo*;

Não plena ou indiciária: trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*. (CAPEZ, 2014, p. 402).

No entanto, essa questão deve ser analisada com afinco, quanto às possibilidades inclusive da desvalia do depoimento da criança, caso tal depoimento não esteja em consonância com os indícios, testemunhos e outros elementos do processo, considerando o fato de estar sendo instruída por alguém próximo ou ainda considerando o fato de fantasiar, criar ou mentir devido a questão da sua imaturidade e peculiaridades singulares inerentes ao seu ser ainda em desenvolvimento psicológico e moral. (TOURINHO FILHO, 2010).

Destarte, o seguimento da pesquisa, busca demonstrar a necessidade de cautela quanto a valoração do depoimento do vulnerável, como já foi visto, são elencadas situações específicas que podem ocasionar falsos depoimentos, quais sejam a Alienação Parental e as Falsas Memórias, no qual pela gravidade e consequências de denúncias dessa espécie, o agente interessado numa condenação poderá manipular e orientar a criança a relatar algo que não ocorreu.

7 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

No que tange aos princípios norteadores a respeito das provas relativas ao processo penal, podemos ressaltar os que merecem especial atenção no desenvolvimento desse estudo, quanto ao devido processo legal. Visto da gravidade do tema ora em questão os princípios da Presunção de Inocência e o *In dubio Pro reu*. É relevante ressaltar que a redação utilizada pela

Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2016).

Conforme os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, o Princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, está inserido no rol das garantias fundamentais da pessoa humana constante no artigo 5º da Constituição Federal. Do ponto de vista extrínseco, é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias fundamentais do cidadão e principalmente quanto ao modo de tratamento do acusado. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário.

Segundo o entendimento do Princípio da presunção de inocência do acusado sob o ponto de vista de regra de prova e como regra de tratamento, ambas regras são desdobramentos do *in dubio pro reo*, no qual que aduz que em caso de dúvida, que a decisão seja em favor do réu diante da insuficiência de provas.(GOMES, 1999). Também conhecido como princípio do *favor rei*, o princípio do “*in dubio pro reo*” implica em que na dúvida interpreta-se em favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Não conseguindo o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado. Ou seja, *in dubio pro reo*. (GOMES, 2010).

É perceptível a adoção implícita deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, VII.

8 O ESTIGMA SOCIAL DO ACUSADO

Inegavelmente, visto a gravidade do assunto para todos os envolvidos na situação de denúncia de Abuso sexual infantil, esta deve ser priorizada quanto a sua investigação e

esclarecimentos do ocorrido. Especialmente quanto a criança, cuja dignidade sexual sendo ofendida, há de se encontrar meios e provas para elucidar os fatos, bem como materialidade e autoria com finalidade de punir o culpado.

Porém, o ponto de partida deverá ser o mesmo para todos, até que seja declarado culpado o acusado por sentença condenatória, conforme reza na doutrina prevalecerá o Princípio da Presunção de Inocência, vejamos:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (NUCCI, 2010, p. 81).

O entendimento da jurisprudência é enfático em valorar o depoimento da criança devido a clandestinidade que envolvem os atos libidinosos, que dificilmente não deixam vestígios capazes de serem detectados pelo exame de corpo de delito, sendo recorrente o lastro probatório no depoimento da criança, indícios, laudos psicológicos e no testemunho das partes e dos responsáveis pela criança, geralmente seus genitores.

Frequentemente, essas acusações podem ocorrer entre eles, e possivelmente a palavra do genitor que faz acusação terá peso judicialmente. Observamos o entendimento da doutrina, “A Justiça Criminal continua a buscar, na palavra da vítima, obtida através de inquirição, elementos para embasar uma decisão condenatória que relaciona a inquirição da criança com o resultado da sentença”. (AZAMBUJA, 2011, p. 161).

Contudo, é fato notório que há muitas situações de denúncias falsas e que muitos inocentes recorrentemente são taxados e rotulados de estupradores, sendo condenados socialmente e inclusive pelos próprios criminosos de outros seguimentos que abominam tal prática. Há um clamor social em todos os sentidos para que se faça justiça com as próprias mãos, daí a gravidade da situação, visto que mesmo provada a inocência de um suspeito de abuso, dificilmente ele será aceito normalmente na sociedade, pois lhe será impresso um rótulo fixo ou seja, ficará marcado e será banido do meio social.

Com efeito, a análise do depoimento da criança deve ser criteriosa em relação à admissão desse instituto como prova sem a materialidade dos fatos, segundo Tourinho Filho “Não faz sentido uma condenação com base em depoimento infantil sem estar respaldada em outras provas, mesmo porque uma condenação é um verdadeiro estigma, atingindo a honra e a estima da pessoa”. (TOURINHO FILHO 2010, p. 599)

Por fim, com base no *Princípio In dubio pro reo*, na falta de materialidade dos fatos que confirmem a existência do delito, é imprescindível que prevaleça a presunção de inocência do acusado, pois esta só deixa de existir quando há prova em contrário, não bastando apenas indícios, pois a falta de provas não pode ser suprida pelo depoimento da criança.

Segundo a doutrina “na ausência de elementos irrefutáveis de prova que sustentem a suspeição do acusado pela ocorrência de crime, a Vara Criminal deve fazer primar o benefício da dúvida, conhecido pelo princípio *In dubio pro reo*” (AMENDOLA, 2009, p. 81).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse contexto, são notórios os esforços e avanços quanto a garantia dos direitos fundamentais e a proteção dispensada pelo Estado a criança, como forma de preservar a sua Dignidade Sexual, bem como, o desenvolvimento saudável, visando obstar qualquer tipo de violência considerando seu melhor interesse em todos os aspectos.

Conclui-se, que é de relevante valor probante a palavra da vítima de abuso sexual infantil nos processos onde há escassez de provas materiais e testemunhais, na qual o depoimento da criança se reveste de grande poder probatório, sendo a perícia psicológica determinante para o diagnóstico de abuso e condenação do acusado.

No entanto, o judiciário tem o grande desafio quanto ao problema da fragilidade da prova, especialmente diante de denúncias fundamentadas por agentes que supostamente possam ter interesse na condenação do acusado, levando conseqüentemente a erro de julgamento.

As investigações minuciosas sobre a confirmação de convivência familiar, sobre a veracidade dos testemunhos dos responsáveis pela criança e a eficiência dos laudos psicológicos colhidos no Depoimento sem dano a criança, devem ser priorizados para a elucidação dos fatos verdadeiros.

Em suma, como resultado da referida pesquisa, fica evidente o entendimento sobre o tema em questão para a fundamentação das decisões condenatórias envolvendo o abuso sexual infantil, onde a tendência do judiciário é de admitir o laudo psicológico como prova valorada, mediante a falta de outras provas convincentes, logo, o depoimento da criança se reveste de valor em conjunto com os outros elementos probatórios do processo.

Contudo, é notória a fragilidade desta prova demonstrada ao longo do trabalho, não é cabível depositar sobre o Laudo psicológico total relevância probatória, visto que é complexo aferir uma certeza absoluta de algo tão subjetivo. Caberia ao laudo psicológico o condão de

melhor orientar na elucidação dos fatos, de modo que os dados técnicos em consonância com os demais indícios averiguados no processo se chegue o mais próximo da verdade real, direcionando o magistrado na decisão mais justa.

Além disso, a determinação da avaliação psicológica familiar mediante denúncia de abuso sexual infantil em casos de processo de divórcio, é forma de garantia ao melhor entendimento e esclarecimento a cerca dos fatos alegados pelas partes e testemunho colhidos no processo, em conformidade com o Princípio da verdade real.

Deve ser garantido o não afastamento da criança, sendo a “visita assistida” garantida ao genitor, mediante a falta da prova material até comprovação dos fatos imputados, como forma de diminuir os impactos psicológicos decorrentes do processo, especialmente em relação a criança quanto a manutenção do vínculo afetivo com o genitor, pelo Princípio da Presunção de Inocência do acusado.

Por conseguinte, mediante análise da valoração do Depoimento sem dano, mediante evidente possibilidade da incidência de Alienação Parental, seja admitida a relativização quanto a aceitação deste referido instituto, pela primazia e garantia da preservação dos direitos fundamentais do cidadão, em caso de dúvida e na insuficiência de provas que prevaleça o princípio do *in dubio pro reo*.

Deste modo, a pretensão primordial do presente trabalho é promover o debate e a análise crítica em prol da garantia dos direitos fundamentais da criança, para que seja protegida do tanto do Abusador, quanto do Alienador, diante das terríveis consequências de tais crimes.

Por fim, considerando que de um lado, se proporciona ao menor vulnerável a garantia da máxima proteção que lhe pode ser conferida pelo Estado, do outro, também deve haver garantia de direitos fundamentais quanto ao acusado, promovendo-se a verdadeira justiça e evitando um possível desfecho de injustiça contra um inocente, visto que as sequelas e estigmatização resultantes de crimes de natureza sexual contra crianças, geram grande comoção popular e exclusão social, imputando ao acusado uma sentença antes mesmo de ter um julgamento pelo poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMENDOLA, Marcia Ferreira. **Crianças no Labirinto das Acusações**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ANDRADE, Anderson Pereira de. **A Convenção sobre os Direitos da criança em seu décimo aniversário**. Curitiba : Revista Igualdade, 2000. - Vol. 8.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 19.ed. São Paulo : Rideel, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo : Método, 2010, Vol. 2.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual Proteção ou Violação de Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches e MARQUES, Ivan Luís. **Processo Penal I**. São Paulo : Saraiva, 2011. Vol. 10.

FAMILIAR, DIREITO. **A alienação parental e as falsas denúncias de abuso sexual** Disponível em: <http://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/404395153/a-alienacao-parental-e-as-falsas-denuncias-de-abuso-sexual> Acesso em: 19 nov. 2018.

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. Jusbrasil. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual> Acesso em: 17 abr. 2018.

JUSBRASIL. Gomes, Luiz Flávio. **Princípio do "in dubio pro reo"**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916192/principio-do-in-dubio-pro-reo> Acesso em: 16 dez. 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpe e MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Vol. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal II**. São Paulo : Atlas, 2010. Vol. 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso Sexual Intrafamiliar Recorrente**. Curitiba : Editora Juruá, 2011. Vol. 2.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, ARE 940701 AgR / 2ª Turma, julgado em 08. 03. 2016. SP - SÃO PAULO. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000307753&base=baseA cordaos> Acesso em: 21 abr. 2018.

STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 45.589 - MT (2014/0041101-2) 2015. SÃO PAULO : Jurisite, Disponível em:

<https://www.jurisite.com.br/jurisprudencias/direito-processual-penal-validade-do-depoimento-sem-dano-nos-crimes-sexuais-contracrianca-e-adolescente/> Acesso em: 02 maio 2018.

STJ. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=estupro+sem+contato+fisico&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 21 maio 2018