

OS VÍCIOS DA MEMÓRIA E A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL DENTRO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO¹

*MEMORY VICES AND THE VALUATION OF TESTIMONIAL EVIDENCE WITHIN THE
BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS*

Vinicius Ferraz do Prado ROMÃO²

Ana Cristina GOMES³

RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é estudar a prova testemunhal, seus problemas, bem como sua importância e valoração dentro do processo penal brasileiro. O problema principal, surge devido aos problemas inatos à memória humana, frutos de enganos, manipulações e esquecimento.

A presente monografia buscou compreender como se forma o processo de captação da realidade por nossos sentidos e como tais estímulos, uma vez percebidos, são transformados em memória.

Depois, uma vez apreendida a memória, buscou-se compreender quais problemas podem ocorrer na consolidação dessa lembrança e, posteriormente, os vícios que podem ocorrer não por decorrência do funcionamento cerebral humano, mas em razão da forma como a prova testemunhal é produzida em juízo.

Para tanto, essencial fez-se o estudo multidisciplinar entre o Direito e outras Ciências, como Psicologia, Psiquiatria e Neurociência.

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2022-2023) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduação em andamento em direito pela Faculdade de Direito de Franca.

³ Doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre e graduada em Direito pela UNESP, Coordenadora Chefe o Departamento de Monografias do IBCCrim. Membro da Diretoria do IBCI. Professora Colaboradora da Faculdade de Direito de Franca-SP. Advogada associada no Escritório Nishioka e Gaban Advogados.

Depois, uma vez tratados todos os problemas da prova testemunhal, as características desse meio de prova, bem como sua importância no processo criminal, buscou-se uma explanação quanto à técnicas de mitigação dos vícios desse meio probatório. Em suma, meios desenvolvidos para facilitar a recordação mnemônica da testemunha e evitar que haja interferências externas capazes de influenciar e alterar o teor do depoimento ou, mais especificamente, da própria memória da testemunha.

Ao fim, conclui-se que a estrutura judicial no Brasil tem andado a passos lentos na modernização do sistema de inquirição de testemunhas, bem como tem caído em possível erro ao conferir à prova testemunhal um valor probatório que não lhe é devido, exagerando sua capacidade de elucidação dos fatos imputados ao acusado.

Palavras-chave: prova testemunhal; memória, vícios; valoração; processo penal.

ABSTRACT

The general objective of this work is to study testimonial evidence, its problems, as well as its importance and valuation within the Brazilian criminal procedure. The main problem arises due to problems innate to human memory, resulting from mistakes, manipulations and forgetfulness. This monograph sought to understand how the process of capturing reality by our senses is formed and how such stimuli, once perceived, are transformed into memory. Afterwards, once the memory was apprehended, we sought to understand what problems may occur in the consolidation of this memory and, subsequently, the vices that may occur not as a result of human brain functioning, but due to the way in which testimonial evidence is produced in court. Therefore, a multidisciplinary study between Law and other Sciences, such as Psychology, Psychiatry and Neuroscience, was essential. Then, once all the problems of testimonial evidence were addressed, the characteristics of this means of proof, as well as its importance in the criminal process, an explanation was sought as to the techniques for mitigating the vices of this means of evidence. In short, means developed to facilitate the witness's mnemonic recall and prevent external interference capable of influencing and altering the content of the testimony or, more specifically, the witness's own memory. In the end, it is concluded that the judicial structure in Brazil has been taking slow steps in the modernization of the witness interrogation system, as well as having fallen into a possible error by giving testimonial evidence a probative value that is not due to it, exaggerating its capacity elucidation of the facts imputed to the accused.

Keywords: testimonial evidence; memory, vices; valuation; criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetivou compreender, inicialmente, o funcionamento da memória humana, mais notadamente, dos problemas inerentes à memória – os quais aqui chamou-se de “vícios”. Isso pois, a prova testemunhal, não raramente a prova mais importante dentro do processo penal, quando não a única, é diretamente dependente deste fenômeno humano o qual chamamos de “memória”.

À medida em que a testemunha é chamada em juízo para narrar fatos pretéritos⁴, é indissociável que essa se utilize da memória para

⁴ (...) o delito é sempre um fato passado, é história. A testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso da contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva. A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento do outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime. Não existe função prospectiva legítima no testemunho, pois seu olhar só é autorizado quando voltado ao passado. Daí porque não

recordar e narrar tais fatos, ou, mais precisamente, aquilo que ela recorda a respeito de tais fatos. A memória, com efeito, é o único meio pelo qual o homem pode tentar reviver o passado. Contudo, a memória, posto ser decorrente de um processo humano, não mecânico, está vulnerável a falhas e vícios. Tais falhas, conforme será demonstrado adiante, podem tanto ser provocadas pelo próprio agente, aquele que presta o testemunho, como por terceiros. Da mesma forma, os processos de corrupção da memória podem tanto ser intencionais, quando o agente, ou então um terceiro, atua conscientemente para gerar uma distorção, quanto não intencionais, quando de forma inconsciente a memória se desnatura, seja pelo tempo, pela afetação de emoções, como nervosismo, estresse, medo, ou então preconceito, aqui entendido com acepção social.

Para tanto, imprescindível, então, que este estudo não se atenha tão somente ao estudo dos conceitos jurídico, mas ultrapasse tal universo para buscar, sobretudo, fundamentos nas ciências cognitivas, como a psicologia, a neurociência, a psiquiatria e assim por diante. Ora, se o conceito de “memória” não é um conceito jurídico, faz-se impossível que sua compreensão se dê por meio do estudo unicamente detido ao Direito.

A memória, este complexo fenômeno pelo qual se percebe e armazena o mundo, é essencial ao convívio social. É ela que nos confere a capacidade de aprendizado, bem como torna possível o convívio familiar. Sem ela, atividades hodiernas como dirigir um carro, cozinhar um prato de comida, ir ao trabalho seriam impossíveis. Não só, seria inviável até mesmo imaginar seres humanos cooperando sem tal fenômeno mnemônico.

Ocorre, todavia, que essa brilhante capacidade, ainda que essencial para edificar e viabilizar a própria existência humana, não é perfeita. Ao contrário, é ela repleta de imperfeições e equívocos. Nas palavras de Bernardos Saores, heterônimo pessoano: “A memória, afinal, é a sensação do passado...E toda sensação é uma ilusão”. Aqui, com o brilhantismo lírico que lhe é único, Fernando Pessoa expõe a impossibilidade de acessar a realidade pretérita por meio da memória. Se, conforme o dito popular, é verdade que “o futuro a Deus pertence”, posto não nos pertencer, é ainda mais certo assumir que o passado também não pertence a nós, seres humanos.

Ora, como dito, é só pela memória que o ser humano poder sonhar em reviver o passado. Não há (re)construção pretérita sem memória

– em verdade, não há sequer construção alguma. A prova testemunhal, aqui entendida como aquela produzida sob o crivo contraditório, portanto, em juízo, é chamada ao processo para narrar fatos os quais, ao menos supostamente, presenciou e captou por meio de seus sentidos. De costume, por ser a visão o principal sentido de nossa espécie, a testemunha é convocada ao processo criminal para esclarecer aquilo que visualizou, ou seja, aquilo que captou por meio de sua visão. O cérebro humano não possui a acesso à realidade, ele apenas tem acesso às informações que nossos sentidos percebem e lhe transmitem. É aqui que mora o perigo da ilusão pessoal: acreditar que a memória é mais do que mera sensação. Em síntese, acreditar que o testemunho corresponde, sempre e com exatidão, ao passado ele próprio, ignorando-se a forma como a memória se constrói e se evoca.

Mas, como dito, a testemunha evoca sua memória em juízo, não evoca a realidade. E a memória é uma ilusão. Poderia, então, a memória da testemunha, ilusória tal qual é, apartada de outros elementos informativos, fundamentar uma sentença condenatória? Se segundo o mandamento constitucional o juízo condenatório deve ser um juízo de certeza, é possível que a memória, esta eterna dúvida, produza um juízo condenatório?

Para que tais hipóteses sejam investigadas, e talvez respondidas, inicialmente, necessário se faz um estudo sobre a prova testemunhal: seu conceito, natureza, usos e problemas, o que se faz no primeiro capítulo. No segundo capítulo, na busca de se entender verdadeiramente tal meio de prova, inescapável uma análise da memória, seus processos de percepção, formação e evocação, bem como os problemas que perpassam todos esses estágios. Por sua vez, no terceiro capítulo, uma vez já estudada a memória, será posto em ótica os problemas que a memória pode acarretar dentro do processo penal, os danos e injustiças decorrentes dos testemunhos equivocados ou falsos, bem como da valoração excessiva da prova testemunhal e a redução do standard probatório na formação do convencimento do julgador. Por fim, buscando qualificar a prova testemunhal, investigar-se-á formas de minimizar os vícios que a fragilizam.

2 A RELEVÂNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL DENTRO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS CARACTERÍSTICAS DESTA PROVA

Dentro do processo penal toda prova é um meio de reconstrução do passado. A prova tem por fim a “reencenação” de um fato pretérito o qual, por sua vez, visa elucidar ao julgador como se deu o fato que está sob seu julgamento, formando, dessa forma, sua convicção.

Assim, as provas são fontes de conhecimento sobre o fato a ser julgado pelo magistrado. Ou seja, as partes, por meio da produção de provas, dão ao julgador o conhecimento daquilo que se julga. Porém, esse conhecimento nunca é pleno. É sempre parcial, pois as provas não são o passado ele mesmo, mas tão somente meios de reconstrução desse passado. Isso pois, no magistério de Aury Lopes Jr.:

“(...) o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova.”.⁵

Ou seja, o juiz não possui conhecimento direto e preciso a respeito dos fatos que lhe são submetidos a julgamento, cabendo às partes, por meio da produção de provas, lhe garantirem esse conhecimento.

Vê-se, portanto, que as provas exercem papel fulcral no processo penal. À medida em que são elas os meios de formação da convicção do julgador, serão elas que fundamentarão a decisão do juiz. Isso porque nosso sistema processual veda ao magistrado o julgamento com base em sua íntima convicção. Não pode aquele que julga – ou não poderia – decidir com vista em sua convicção pessoal a respeito da culpa do acusado. Se em seu íntimo ele crê que o acusado praticou ou não aquele crime, pouco importa. Ao juiz não compete “achar” que o réu é, de fato, culpado pela conduta que lhe é imputada, mas sim analisar, a partir das provas produzidas no processo, se restou comprovada a culpa.

Aqui, necessário observar que “prova”, dentro do processo penal, assume um conceito técnico, o qual não deve ser banalizado. Só carrega o status de “prova” aquele meio de formação de convicção do magistrado que é submetido ao crivo do contraditório, portanto, que é produzido em juízo. Só se aperfeiçoa em “prova” aquele elemento de formação do convencimento que pode ser submetido ao debate entre as partes. Assim,

⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal – 18º Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

tudo aquilo que for produzido na fase pré-processual não pode ser considerado como prova, mas mero elemento informativos. Os elementos informativos, aqui entendidos como aqueles que são produzidos na investigação, não se prestam a formar a convicção do magistrado, ou seja, a embasar sua decisão, seja ela condenatória ou absolutória. Sua finalidade é outra: justificar o recebimento da ação penal.

É por tal razão que o artigo 155 do CPP veda ao juiz a fundamentação de sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Com efeito, no esteio daquilo que propõe o juiz das garantias, ao magistrado responsável pelo julgamento da ação penal nem sequer deveria ser dado conhecimento a respeito de tais elementos informativos.

Isso pois, em que pese a vedação legal, tais elementos informativos “contaminarão” o magistrado. Ora, ainda que esse não possa fundamentar sua decisão exclusivamente a partir desses elementos informativos, uma vez tendo contato com eles, o juiz os terá em conta na hora de formar sua convicção. É uma ilusão crer que o juiz, no momento de decidir, consegue “apagar” de sua mente todos os elementos informativos com os quais teve contato, observando unicamente as provas produzidas em juízo. É uma irracionalidade crer que uma pessoa possa ser tão racional ao ponto de conseguir exercer tal controle cognitivo. Assim, ideal seria que tudo aquilo produzido na investigação fosse desentranhado do processo, não sendo submetido à apreciação do julgador.

Dito isso, se só goza do status de prova aquilo que é produzido dentro da fase processual, por consequência, só pode ser considerada “prova testemunhal” aquela que é produzida em juízo. Ou seja, só é testemunha aquele que presta seu depoimento em juízo. Essa é uma das características da prova testemunhal, as quais serão tratadas posteriormente.

Ocorre que, de forma excessivamente humanista e possivelmente ingênua, a prova testemunhal ganha validade ao passo que se crê que: 1) a testemunha, presumidamente, fala a verdade e; 2) a testemunha narra o fato exatamente tal qual esse ocorreu.

A primeira premissa, aquela que diz que a testemunha, em regra, fala a verdade, se sustenta pelo compromisso assumido pelas testemunhas antes de iniciarem seu depoimento. Embora não seja precisamente o objeto do presente estudo, refutar a primeira premissa não se mostra uma tarefa complexa.

Ora, a mentira, como bem se sabe, é inexpugnável a natureza humana. Por mais que o humanismo nos leve a crer que a natureza humana está, sempre, em busca da verdade, o que não se pretende questionar aqui, parece claro que a mentira permeou a existência de nossa espécie desde seu princípio. Com efeito, imaginar um mundo onde não há mentiras parece-nos quase impossível e até mesmo indesejável. Desnecessário se faz, portanto, tentar provar que a mentira exista, posto ser evidente sua existência. Assim, é equivocada a presunção de que a palavra da testemunha se reveste de verdade, posto ser plenamente possível que a testemunha minta, seja por acreditar que calar a verdade lhe é de alguma forma benéfico, seja por medo de causar prejuízo a terceiro ao dizer a verdade.

A segunda premissa, por sua vez – aquela que crê que a testemunha narra, com precisão, o fato tal qual ele se deu –, é um pouco mais complexa, por se basear em uma série de outras crenças sobre nossa memória e percepção da realidade, sendo estas: a percepção humana é capaz de captar a realidade ela própria; a memória humana é capaz de reter esta realidade de forma imaculada e; é possível evocar esta percepção da realidade de forma direta e perfeita.

Em síntese, crê-se que há uma total verossimilhança entre os fatos pretéritos e os fatos narrados pela testemunha. A segunda premissa supra será melhor tratada no próximo capítulo. No momento, cumpre apenas discorrer sobre a prova testemunhal, seu tratamento legal e suas características.

Ainda, salutar fazer alguns apontamentos quanto ao compromisso de dizer a verdade assumido pela testemunha. Tal compromisso é entendido de forma ampla, abrangendo não apenas o impedimento de deliberadamente mentir– narrar um fato de forma diversa da qual se sabe ou crê ter ocorrido –, mas também de se omitir, ou seja, de deixar de dizer aquilo que sabe e conhece, caso questionado. Portanto, se uma pergunta for direcionada à testemunha e ela, tendo conhecimento da resposta, dizer não saber responder à indagação, também estará afrontando o compromisso previamente assumido, o que pode levar à imputação do crime de falso testemunho, tal como se tivesse decididamente dado resposta contrária à verdade.

Adentrando propriamente às características da prova testemunhal, são as principais: oralidade, objetividade e judicialidade.

O depoimento da testemunha, em regra, deve ser feito oralmente (art. 204, CPP), salvo quando não for possível que os esclarecimentos

sejam prestados por meio da fala, como no caso de uma testemunha muda, situação na qual permite-se que o depoimento seja escrito. Não só o depoimento deve ser prestado oralmente, como também as perguntas devem ser realizadas da mesma forma. Tal preceito objetiva submeter o depoimento testemunhal ao crivo do contraditório de forma mais precisa. Assim, podem as partes, no momento do depoimento, questionar diretamente a testemunha, visando indicar brechas e contradições em seus dizeres, no exato momento em que tal depoimento é prestado, o que não seria possível caso o depoimento fosse entregue por escrito. Não obstante, a oralidade, a qual obriga a testemunha a estar em juízo no momento de seu depoimento, permite ao magistrado e as partes terem maior percepção sobre suas reações.

Quanto à objetividade, essa característica impele a testemunha a discorrer apenas a respeito daquilo que efetivamente presenciou, deixando de lado impressões pessoais. Não cabe à testemunha dizer se o autor do fato “atirou com crueldade”, mas sim se ela viu o disparo ocorrendo ou não. É o que impõe o artigo 213 do CPP. Contudo, há casos em que percepções pessoais estão intrinsicamente ligadas à percepção dos fatos, razão pela qual devem ser admitidas, conforme a própria regra citada. É possível, por exemplo, que a testemunha exponha uma impressão pessoal a respeito da velocidade do veículo conduzido pelo autor, posto que, apesar de não ser uma informação precisa, se faz essencial para a compreensão e descrição dos acontecimentos.

Com efeito, e conforme será mais precisamente discorrido adiante, tal objetividade se traduz em um mandamento utópico, um “lugar” que não pode ser atingido, uma vez que as impressões pessoais contaminam a própria percepção da realidade, bem como a forma a linguagem expõe tal percepção.

Quanto à judicialidade, tal característica já foi previamente tratada de forma superficial, razão pela qual, dada sua importância, deve ser discorrida de forma mais cautelosa. Só pode ser considerada como “testemunha” aquela pessoa que depõe em juízo, sob o crivo do contraditório. Isso porque, de acordo com a redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, “prova” é apenas aquilo que foi produzido em juízo. Portanto, os depoimentos prestados durante a fase inquisitória devem ser entendidos como mero “elemento informativo”. Com efeito, ideal seria que tais depoimentos fossem utilizados unicamente para embasar ou não recebimento da Denúncia, decisão que demanda mero juízo de

probabilidade, sendo que, após tal momento, fossem ser desentranhados do processo, pois não gozam do status de “prova”.

3 MEMÓRIA, FALSAS MEMÓRIAS E FALSAS MEMÓRIAS EM JUÍZO

Investigados e explicados os elementos que compõem a prova testemunhal, seu conceito, natureza e características, passemos então à análise de uma capacidade humana – embora não só humana – nevrálgica à prova testemunhal: a memória.

Infelizmente – ou talvez felizmente –, nossa memória é passível de equívocos não intencionais, seja pela ação de terceiros ou pela própria ação pessoal. É possível, ainda, que a memória sofra alterações não por ação humana direta, mas apenas pela mera ação do tempo. Qualquer um que já tenha tentado recordar um dado momento de sua vida em duas diferentes ocasiões, definitivamente, percebeu que as versões que surgem à mente podem ser diferentes e, até mesmo, contraditórias.

Assim, crê-se não se dizer nenhuma novidade ao mostrar a dubiedade de nossa capacidade mnemônica.

Antes de analisarmos as premissas acima lembradas, recordemos algo essencial neste estudo: a testemunha é sempre alguém que é chamado a se recordar do passado. É uma pessoa que presenciou, por meio de seus sentidos – visão, audição, olfato e assim por diante – os fatos pretéritos e é convocado para recordar e evocar aquilo que percebeu – aqui, um adendo deve ser feito: diferentemente de outras espécies animais, a visão é nosso principal sentido para compreender a realidade, de forma que testemunhas que não viram o ocorrido, mas por exemplo, o ouviram, em que pese serem admitidas, devem ser valoradas com ainda maior cuidado.

Passemos agora à análise das premissas: a percepção humana é capaz de captar a realidade ela própria; a memória humana é capaz de reter esta realidade de forma imaculada e; é possível evocar esta percepção da realidade de forma direta e perfeita.

Inicialmente, devemos olhar para a premissa de que a percepção humana é capaz de captar a realidade ela própria. Ora, se isso fosse verdade, a nós deveria ser possível ouvir todo tipo de som e ver todo tipo de objeto, o que, contudo, não é verdade. Certas ondas sonoras são inaudíveis à audição humana, o que, entretanto, não significa que essas ondas sonoras não existam objetivamente. Da mesma forma, nossa visão é

incapaz de captar certos espectros luminosos, como os raios UV e até mesmo alguns espectros coloridos. Somos, ainda, incapazes de enxergar certos objetos, dado seu diminuto tamanho. Tais fatos, por si só, demonstram que nós, seres humanos, não possuímos uma percepção direta da realidade, mas que essa percepção se dá por meio dos nossos sentidos – no caso da testemunha, mais notadamente a visão. Não somos, portanto, e talvez nenhum ser vivo o seja, capazes de percebermos a realidade propriamente dita, mas apenas de capturá-la por meio de nossos sentidos.

Quanto à segunda premissa, aquela que diz ser possível que nossa memória preserve intactamente aquilo que vimos, sua validade é evidentemente questionável. Ora, a maior parte daquilo que vimos e vivemos não fica em nossa memória. Com efeito, a maioria de nós é capaz de lembrar apenas um pequeno fragmentado de sua própria vida, sendo que a imensa maioria ou é esquecida ou é lembrada parcamente. Não é raro situações nas quais, ao narrar uma história que reside em nossa memória, sejamos interpelados por um terceiro que também presenciou os fatos narrados e apresenta uma versão diferente do ocorrido. Assim, é auto evidente o caráter falho de nossa memória.

Por fim, a última premissa que sustenta a presunção de veracidade do depoimento testemunhal, em verdade, é uma premissa que, em boa parte, escapa às capacidades mnemônicas e reside no campo da linguagem. Veja, ainda que se possua uma lembrança perfeita de um fato pretérito, tal lembrança não é capaz de assegurar que, no momento de evocação desta memória, seremos capazes de descrever o ocorrido com idêntica semelhança. Por mais que a memória nos seja fiel nesse momento, é possível que a linguagem nos traia e não consigamos expressar o que ocorreu da forma desejada. Importante ressaltar, ainda, que a própria forma como nos expressamos já denota um certo ponto de vista.

Dito isso, passemos a falar da memória propriamente dita, sua formação e problemas.

O primeiro momento de consolidação da memória é a aquisição, ou seja, o momento de percepção cerebral de um determinado acontecimento. Neste momento nosso sistema neuronal recebe uma série de estímulo, os quais serão traduzidos, formando a memória de fato.

Tal processo de aquisição é seletivo, pois nem todos os estímulos gerados serão traduzidos, de forma que nem toda a realidade será transformada em “memória”. Tal seletividade pode ser influenciada por uma série de fatores, tais como as emoções que sentíamos no momento e o grau de atenção.

Posteriormente ao momento da aquisição, teremos a ocorrência da retenção da memória, ou seja, o momento no qual “guardamos” a memória. Em verdade, a retenção é um processo constante, uma vez que nossas memórias estão a todo momento passando por processos de consolidação e esquecimento. A consolidação da percepção da realidade pelos nossos sentidos não ocorre de imediato, é necessário um período de “processamento” para que isso possa ocorrer, sendo que esse período pode variar. Com efeito, como dito, não parece exagero dizer que tal período de retenção não encontra fim, uma vez que nossas memórias estão a todo momento se alterando e sendo novamente retidas.

Nessa fase, o esquecimento, que é intrínseco à memória humana, assume papel fulcral. Isso porque o tempo é capaz de causar grande desgaste em nossa memória, de forma que algo que se lembra hoje pode ser completamente esquecido após alguns meses ou anos. A lembrança de certos acontecimentos nos acompanhará por toda a vida, enquanto que outros serão rapidamente esquecidos, sem que possam sequer alcançar o final de um dia.

Tal fase também está exposta à mesma seletividade que a fase aquisitiva estava. Isso pois, a forma como vamos reter e recordar um determinado acontecimento também é contaminada por fatores pessoais, como as emoções, as expectativas individuais, os preconceitos e até mesmo uma visão de mundo particular a cada indivíduo.

Por fim, no complexo processo de formação da memória, temos a fase de recordação ou evocação.

É nesse momento que somos chamados a acessar a memória e relembrar o que presenciamos e evocar, narrar, tal lembrança. Por uma imperfeição da própria capacidade comunicativa humana, não necessariamente relacionada à memória, é capaz que uma pessoa evoque uma história diferente daquela que se recorda. Nem sempre conseguimos exprimir nosso pensamento de forma precisa, principalmente quando tais pensamentos são revestidos por uma camada emocional.

Portanto, é plenamente possível que uma pessoa se lembre de uma coisa e, na hora de evocar tal lembrança, manifeste outra.

Todos esses estágios acima tratados podem levar à formação de falsas memórias as quais, por sua vez, poderão redundar em falsos testemunhos – não por serem intencionalmente mentirosos, mas por serem equivocados.

Feito tal preâmbulo quanto à forma pela qual adquirimos nossa memória, cabe-nos realizar uma explanação sumária quanto às falsas memórias, e expor as teorias que versam sobre a formação dessas.

Diferentemente da mentira, uma falsa memória não é um movimento articulado e intencional, ao contrário, é algo inconsciente, que naturalmente ocorre sem que sejamos capazes de perceber com clareza. Assim, o falso testemunho que ocorrer por causa de uma falsa memória não se enquadra no crime do código penal, pois não há dolo na conduta. Em verdade, poder-se-ia dizer, que não há sequer “conduta”, uma vez que não há qualquer grau de intencionalidade. A falsa memória, por tanto, não é um movimento deliberado, mas um fenômeno natural, que atinge nossas memórias a todo momento.

Tais falsas memórias, além de poderem se formar endogenamente, ou seja, internamente, sem interferência de terceiros, pode ocorrer por fatores externos. Podem, portanto, ser espontâneas, que ocorrem por problemas inerentes ao cérebro humano, ou então sugeridas.

Nesse ponto, essencial zelo é necessário para que se analise a forma como o depoimento testemunhal é colhido em juízo. Perguntas como “qual era a cor da roupa do autor do fato?” não são idênticas a “o autor usava uma roupa azul?”. A segunda indagação traz implicitamente a resposta esperada.

O grau de sugestibilidade é agravada quando a pergunta é direcionada por uma autoridade, como um juiz ou membro do Ministério Público. Por vezes, tais servidores públicos são percebidos como mais elevados, o que pode inclinar a testemunha a fornecer a resposta esperada por essas autoridades.

Não só a forma como tais perguntas são direcionadas, mas o próprio ambiente judiciário pode influenciar a resposta. Todo o sistema ritualístico que nosso Judiciário carrega – a vestimenta, o compromisso assumido pela testemunha, o status social das autoridades judiciárias e assim por diante.

A respeito das teorias que visam explicar o fenômeno de formação das falas memórias, essas são costumeiramente divididas em: Teoria Construtivista, Teoria do Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso.

Para a primeira delas, a Teoria Construtivista, a memória é entendida como uma construção a partir da interpretação que se tem do mundo percebido pelos nossos sentidos. Assim, todas as memórias são não a realidade propriamente dita, mas uma interpretação, uma visão dessa

realidade. Segundo tal teoria, nossa memória é um sistema contínuo, no qual uma memória se junta a outra, alterando as memórias prévias. É como se nossas memórias fossem uma obra inacabada, que está sempre se construindo a partir de si própria. Uma nova memória, ou seja, uma nova interpretação de um momento passado influencia não apenas nas demais memórias já formadas, mas também na forma como percebemos o presente e o futuro, alterando toda a cadeia de construção e consolidação de nossas memórias. Portanto, para este modelo, nossa memória é naturalmente dúbia e digna de pouco crédito, vez que está em constante alteração e que entende que nossa memória não representa a realidade, mas apenas uma das possíveis compreensões a respeito dessa realidade. Portanto, as falsas memórias seriam consequências naturais do funcionamento da nossa memória.

Seguidamente, a Teoria do Monitoramento da Fonte. Como o próprio nome sugere, para esta teoria a fonte de obtenção da memória seria essencial para determinar a forma como recordaremos tal memória, sendo possível que, havendo uma alteração da fonte, haja também uma alteração da própria memória. Assim, seria decisiva a fonte de qual emana a memória.

Para tal teoria as falsas memórias seriam advindas de um erro quanto à atribuição da fonte. Como a memória dos processos de recuperação de memórias de forma rápida e quase espontânea, nosso processo de recordação poderia facilmente atribuir uma memória a uma fonte diversa da fonte de sua origem. Por exemplo, ao recontar uma história a qual me foi contada por Pedro, por equívoco, atribuo tal história a Paulo, o que acarreta não apenas uma alteração na fonte, mas possivelmente em toda a reconstrução da memória. Ou então, quando sobre grande tensão somos incitados a responder à indagação de um magistrado, atribuímos esse nervosismo à experiência original, o gera uma distorção na memória, criando uma falsa memória.

Por fim, a Teoria do Traço Difuso, mais complexa, divide a memória em dois sistemas, a memória literal e a memória de essência.

A memória literal seria mais precisa, responsável por captar detalhes mais específicos da experiência. Exatamente por ser mais específica, tal memória literal estaria mais suscetível ao esquecimento e a falsificação, convertendo-se com maior frequência em falsas memórias.

Quanto a memória de essência, essa seria a responsável por armazenar as partes mais gerais e abstratas da nossa memória, que são menos precisas, mas mais fáceis de serem recordadas.

Teríamos, então, dois sistemas distintos, com funções diferentes entre si. Por exemplo: quando questionado sobre o que fiz na data de hoje, minha memória de essência seria a responsável por me recordar que escrevi uma monografia, enquanto que a memória literal seria a responsável por lembrar o assunto específico do texto o qual escrevi, falsas memórias.

Por evidente, com o decorrer do tempo e o inevitável esquecimento que aflige a todos nós, seria mais fácil recordar, de forma abstrata, que durante o segundo semestre de 2023 escrevi minha monografia do que recorda que escrevi uma monografia sobre falsas memória e prova testemunhal em agosto de 2023.

De forma similar, posso recordar um detalhe literal sem que isso implique em uma memória de essência.

De acordo com essa teoria, as falsas memórias surgiriam não apenas pelo natural desgaste da memória pelo efeito do tempo – principalmente das memórias literais –, mas também por fatores exógenos.

Dessa forma, torna-se evidente como a prova testemunhal, por ser dependente da memória, é digna de pouca confiança, ainda que a testemunha tenha – ou acredite ter – certeza daquilo que diz.

Assim, uma vez que nossa memória não é capaz de nos fornecer uma certeza a respeito daquilo que percebemos no mundo, é difícil que uma prova testemunhal, apartada de um acervo probatório mais robusto, sirva para formar um juízo condenatório.

Ora, se uma sentença penal condenatória deve emanar de um juízo de certeza por parte do magistrado – não é necessário que o fato imputado tenha ocorrido, mas sim que o magistrado esteja convencido de que o fato ocorreu –, não parece plausível que uma prova que não consegue conceder tal certeza seja suficiente para gerar uma condenação.

Aqui, necessário evocarmos o princípio da presunção de inocência, o qual desdobra-se em um outro princípio, o *in dubio pro reo*.

Pois bem, se a memória, apesar de ajudar a elucidar os fatos, é uma grande e constante dúvida, não parece adequada que essa dúvida sirva para condenar o acusado. Havendo dúvida, a absolvição é medida que se impõe, conforme preceituam os princípios evocados.

No mais, a necessidade de absolvição em caso de dúvida não é desdobramento apenas do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, mas é preceito fundamental para um direito processual penal que se pretende democrático. Ora, se o Estado, dispondo de todo seu aparato de controle social não foi capaz de demonstrar a indubitabilidade da conduta, não é crível que o indivíduo, ante uma incompetência do

próprio Estado, seja punido. Por ser o polo mais fraco, as garantias devem sempre pender a favor do indivíduo, não do Estado. Ora, a própria criação de uma sistemática processual que é, em síntese, um sistema de garantias, em outras palavras uma tentativa de criar um método claro e previsível para o exercício da pretensão punitiva, pressupõe um benefício ao indivíduo.

4 PRÁTICAS ESTRANGEIRAS E MEDIDAS DE CORREÇÃO E TRATAMENTO MAIS ADEQUADO À COLHEITA DA PROVA TESTEMUNHA

Diante das descobertas a respeito da fragilidade da memória humana, foram se criando novas formas de mitigar os problemas inerente à prova testemunhal, a fim de garantir a esse meio de prova, tão importante dentro de um processo criminal, maior grau de confiabilidade.

Um dos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade foi a Entrevista Cognitivas. Tal método visa inserir o entrevistado, ora testemunha, em um cenário de maior conforto cognitivo e pessoal.

Inicialmente, cabe ao entrevistador criar um ambiente no qual a tensão e o medo de depor em juízo se tornem menos presentes e, por consequência, gerem menos distorções na memória do entrevistado.

O entrevistador deve proceder com educação, apresentar-se, cumprimentar a testemunha, explicar por quais razões ela foi chamada a depor e qual a importância de seu depoimento. É importante que o entrevistado não se sinta em um interrogatório, alvejado por um sem número de perguntas, mas que tenha a impressão de estar em um diálogo com o entrevistador, o qual seria apenas uma pessoa interessada em conhecer aquilo que a testemunha sabe.

Ao iniciar a inquirição propriamente dita, é importante que as perguntas dirigidas ao entrevistado não sejam sugestivas, que não carreguem a resposta esperada pelo entrevistador. Em um cenário ideal, as perguntas seriam abertas, dando à testemunha o papel central na reconstituição e recordação dos fatos. Deverá ser lembrado à testemunha que não ter uma memória clara de todo o ocorrido é algo normal e esperado, de forma que, caso ela não se recorde de algo, não é necessário que se sinta constrangida, podendo dizer com tranquila que não se lembra de determinadas coisas. A testemunha não deve se sentir na obrigação de recordar todos os pormenores, o que pode leva-la a inventar esses

pormenores, deve ela sentir-se confortável para narrar a história daquilo que se lembra, apenas na medida em que sua memória lhe permite.

Infelizmente, apesar de mais efetiva, a técnica de Entrevista Cognitiva não tem sido amplamente utilizada na prática forense, pois além de requerer certo dispêndio de tempo, ela demanda também um certo preparo profissional, o qual não foi dado aos profissionais brasileiros, sejam os integrantes das forças policiais ou os membros do Judiciário.

Embora a Entrevista Cognitiva e seus efeitos já sejam amplamente conhecidos no Brasil há algumas décadas, a administração pública tem sido relutante aplicá-la, visto que seu uso, em nosso país, é raro e ocorre em casos isolados, não sendo, portanto, uma prática nacional.

É verdade que adoção desse sistema pode ser dispendioso, mas sua implementação não precisa ser abrupta, uma vez que a preparação dos entrevistadores deve ser gradual e, conseqüentemente, seu uso também deverá ser.

Se é verdade que a adoção desse método pode ter um alto preço é por não conhecer o preço das injustiças que diariamente são cometidas por meio de sentenças penais condenatórias fundamentadas em depoimentos testemunhais repletos de problemas, desde o depoimento na investigação até o momento da presença da testemunha em juízo.

5 CONCLUSÃO

A memória, este complexo fenômeno pelo qual se percebe e armazena o mundo, é essencial ao convívio social. É ela que nos confere a capacidade de aprendizado, bem como torna possível o convívio familiar. Sem ela, atividades hodiernas como dirigir um carro, cozinhar um prato de comida, ir ao trabalho seriam impossíveis. Não só, seria inviável até mesmo imaginar seres humanos cooperando sem tal fenômeno mnemônico. Não é por acaso, portanto, que na mitologia grega a titã Mnemósine tenha dado à luz nove Musas, as entidades que inspiravam os saberes e capacidades humanas. Difícil, senão impossível, imaginar um cenário de cooperação e desenvolvimento das potencialidades humanas sem a existência da memória.

É aqui, então, que surge a importância nevrálgica da prova testemunhal dentro do processo, posto ser ela a mais acessível das provas, ante, por exemplo, o alto dispêndio das provas técnicas

Ocorre, todavia, que essa brilhante capacidade, ainda que essencial para edificar e viabilizar a própria existência humana, não é perfeita. Ao contrário, é ela repleta de imperfeições e equívocos

Ao final, conclui-se, portanto, que a prova testemunhal, apesar de ser essencial na tentativa de elucidar os fatos imputados ao réu, dentro da forma como atualmente é concebida, deve ser valorada com especial parcimônia pelos julgadores.

Ora, a prova testemunhal, uma vez que convoca a testemunha para exercer um processo mnemônico de recordação de algo que percebeu através de seus sentidos, é, pela natureza de nossa memória, passível de erros.

Ainda, aprimoramentos buscados na prova testemunhal, bem como o cuidado com sua valoração não visam apenas reduzir o número de condenações, mas sim reduzir o número de más condenações, ou seja, reduzir o efetivo de condenações injustas.

A utilização da Entrevista Cognitiva, em que pese custosa, se impõe como medida de boa política criminal, haja vista ser essa, por muitas vezes, a principal prova produzida nos processos criminais.

Não se pode admitir que essa prova, tida como tão essencial no processo penal, continue a ser produzida de forma a ensejar vícios e, em algum grau, estimular a ocorrência desses vícios. Na contramão disso, deve-se sempre buscar uma melhor da produção probatória, caso o Estado queira, de forma legítima, embasar os juízos condenatórios exarados pelos seus representantes do Judiciário.

O preço que se pagaria pela implementação desse método é diariamente pago com o encarceramento de pessoas que não deveriam estar ali. Pessoas que não poderia ser condenadas na incerteza, mas o foram. Tal preço, não obstante possua vultoso valor econômico, possui ainda um valor humano intangível.

Qual o preço de uma injustiça? Muito além do custo de manter um inocente dentro de uma prisão por meses ou anos, o custo atinge detento, mas não só. Quando alguém, sem justificativa racional, é retirado da sociedade, todos perdem.

Como dito, a necessidade de absolvição em caso de dúvida não é preceito fundamental para um direito processual penal que se pretende democrático. Ora, se o Estado, dispondo de todo seu aparato de controle social não foi capaz de demonstrar a indubitabilidade da conduta, não é crível que o indivíduo, ante uma incompetência do próprio Estado, seja punido.

A prova testemunhal – e sua importância – não pode ser banalizada, à medida em que são as provas os meios de formação da convicção do julgador, serão elas que fundamentarão a decisão do juiz – e é a prova testemunhal o principal meio de formação da convicção do magistrado. Isso porque nosso sistema processual veda ao magistrado o julgamento com base em sua íntima convicção. Não pode aquele que julga – ou não poderia – decidir com vista em sua convicção pessoal a respeito da culpa do acusado. Se em seu íntimo ele crê que o acusado praticou ou não aquele crime, pouco importa. Ao juiz não compete “achar” que o réu é, de fato, culpado pela conduta que lhe é imputada, mas sim analisar, a partir das provas produzidas no processo, se restou comprovada a culpa⁶.

O standard probatório necessário para embasar um júízo condenatório não pode ser rebaixado, sob pena de deslegitimar o valor das decisões emanadas pelo Judiciário. Assim, a prova testemunhal não deve ser entendida, em todos os casos, como verídica. Não deve haver uma presunção de sua veracidade, principalmente dentro do cenário processual brasileiro.

Vale lembra, ainda que duas pessoas tenham presenciado a mesma coisa, pode ser que compreendam coisas totalmente diferentes a partir dessa realidade. Em que pese a realidade seja uma só, a “verdade real” que em um paradigma processual tanto se buscou, as interpretações dessa realidade podem ser tantas quanto são as pessoas.

Se a psicologia já sabe disso há meio século, está na hora do Direito também o saber.

6 REFERÊNCIAS

AVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BORGES, J. L. Ficções. São Paulo: Editora Globo, 1997.

⁶ Segundo Kagueiama: “Ao juiz reserva-se a essencialidade da atividade judiciária: a proclamação do julgamento. O julgamento é uma declaração sobre o resultado probatório. É, enfim, uma proclamação sobre o provado, sobre os fatos revelados e sobre o júízo de adequação destes com os termos da imputação. O grau de adequação ou inadequação é que ditará o destino do julgamento. Aqui a presunção de inocência orienta a solitária atividade da decisão. É um manto protetivo que somente cederá uma vez fixada, na mente do julgador, a certeza positiva quando aos termos da acusação. (KAGUEIAMA, Paula Thieme. Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. 1ª edição – São Paul: Almedina, 2021.)

BORGES, J. L. Obras Completas, v. II, 1952-1972. São Paulo: Editora Globo, 1999.

BUONOMANO, Dean. O cérebro imperfeito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DAMASIO, Antonio R. O Erro de Descartes. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

DE AQUINO, José Carlos G. Xavier. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva.

DI GESU, Cristina Carla. Prova Testemunhal e Falsas Memórias. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e Colaboradores. Falsas Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2010

GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOL, Gustavo. Neurociência Cognitiva das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e Colaboradores. Falsas Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2010

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Editora Impetus, 22ª Edição. 2020.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. 1ª edição – São Paul: Almedina, 2021.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal – 18º Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 19. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

SOARES, Bernardo. Livro do Desassossego. Novo Hamburgo: Clube de Literatura Clássica, 2021.

STEIN, Lilian Milnistky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas – Porto Alegre: Artmed, 2010.